

Ewa Nowińska

Wprowadzające w błąd praktyki rynkowe

1. Uwagi wprowadzające

Zakaz wywoływania mylnych wyobrażeń stanowi konsekwencję zasady posługiwania się w obrocie prawdziwymi oznaczeniami i informacjami. Zakłada ona, iż podmioty uczestniczące w walce konkurencyjnej nie będą podejmowały działań celowo fałszywych lub mogących wywołać omyłki (zwykle na korzyść działającego) po to, aby przyciągnąć klientów. O tym, czy w konkretnym przypadku z działaniem takim mamy do czynienia, decyduje wiele okoliczności towarzyszących, a jedną z bardziej istotnych jest ustalenie, o jaki produkt chodzi (tzw. masowy czy kupowany bardziej okazjonalnie), co zwykle determinuje równocześnie kategorię odbiorców, a więc również poziom ich percepcji (por. definicję przeciętnego konsumenta zawartą w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r., w której m.in. stwierdzono, że odpowiednich ocen dokonuje się z uwzględnieniem przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa).

O znaczeniu ochrony rynku w tym zakresie świadczy dyrektywa nr 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych. W pkt 14 preambuły podkreślono mianowicie, że: „nieuczciwe praktyki handlowe wprowadzające w błąd uniemożliwiają konsumentowi dokonanie świadomego, a zatem efektywnego wyboru”. Działania takie zostały zdefiniowane w art. 6 dyrektywy, zaś w art. 7 wskazano niedozwolone zaniechania wywołujące taki skutek. W załączniku wymieniono niedozwolone w każdych okolicznościach praktyki handlowe, także te wprowadzające w błąd. Rozwiązania te przeniesiono do polskiego systemu prawnego właściwie w niezmiennym kształcie.

Wywoływanie konfuzji należy uznać za praktykę mającą szczególnie negatywny wpływ na decyzje konsumenckie. Zwykle poprzez zawartą w nich zachętę mobilizują nabywcę do dokonania wyboru, którego – znając rzeczywisty stan rzeczy – raczej by nie podjął. Nie dziwi zatem staranna, prawna ochrona rynku w tym zakresie. Nie oznacza to, że jest ona skuteczna. Ciągle bowiem spotykamy w obrocie komunikaty, które bądź są nieprawdziwe, bądź mylące, zaś taka właś-

nie ich treść lub forma jest dla klientów atrakcyjna (w rodzaju SMS-ów o treści: „Wygrałeś 10 tys. zł! Wystarczy przesłać pusty SMS na numer...”). Zagrożona jest w ten sposób swoboda podejmowania świadomych decyzji rynkowych, mających przecież bezpośrednie skutki ekonomiczne. Z tego choćby względu uważa się, że wprowadzanie w błąd należy do jednego z najbardziej konsekwentnie zwalczanych naruszeń uczciwych stosunków rynkowych. Delikt taki został także wskazany we wspomnianej pierwszej regulacji dotyczącej zakazu działań nieuczciwych, tj. w art. 10bis konwencji paryskiej o ochronie własności przemysłowej z 1883 r.¹

W ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakaz wprowadzania w błąd został ujęty jako jeden z podstawowych czynów niedozwolonych (por. np. art. 5, 10, 14, 16 ust. 1 pkt 2).

Szczegółowe wskazanie w omawianym akcie prawnym działań i zaniechań stanowiących przypadki czynów wprowadzających w błąd niewątpliwie pomoże także w zidentyfikowaniu analogicznych deliktów na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nadto, naruszenie postanowień ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym może również zostać ocenione jako działanie sprzeczne z prawem w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Poniżej przedstawiono bliższe uwagi dotyczące zakazu wprowadzania w błąd w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

2. Wprowadzające w błąd praktyki rynkowe

W art. 5 ustawy znajdujemy nie tylko wskazanie, kiedy praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd jest niedozwolona (ust. 1), lecz także ustawodawca przykładowo wskazuje te spośród nich, które uznał za podstawowe naruszenia ekonomicznych interesów konsumenta (ust. 2 i 3). Przepis ten otrzymał brzmienie:

1. Praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.
2. Wprowadzającym w błąd działaniem może być w szczególności:
 - 1) rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji;
 - 2) rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzać w błąd;
 - 3) działanie związane z wprowadzeniem produktu na rynek, które może wprowadzać w błąd w zakresie produktów lub ich opakowań, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych oznaczeń indywidualizujących przedsiębiorcę lub jego produkty, w szczególności reklama porównawcza w rozumieniu art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 - 4) nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk.

¹ Por. E. Nowińska, M. du Vall, w: *Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej*, Warszawa 2008, s. 283 i n.

3. Wprowadzające w błąd działanie może w szczególności dotyczyć:
 - 1) istnienia produktu, jego rodzaju lub dostępności;
 - 2) cech produktu, w szczególności jego pochodzenia geograficznego lub handlowego, ilości, jakości, sposobu wykonania, składników, daty produkcji, przydatności, możliwości i spodziewanych wyników zastosowania produktu, wyposażenia dodatkowego, testów i wyników badań lub kontroli przeprowadzanych na produkcie, zezwoleń, nagród lub wyróżnień uzyskanych przez produkt, ryzyka i korzyści związanych z produktem;
 - 3) obowiązków przedsiębiorcy związanych z produktem, w tym usług serwisowych i procedury reklamacyjnej, dostawy, niezbędnych usług i części;
 - 4) praw konsumenta, w szczególności prawa do naprawy lub wymiany produktu na nowy albo prawa do obniżenia ceny lub do odstąpienia od umowy;
 - 5) ceny, sposobu obliczania ceny lub istnienia szczególnej korzyści cenowej;
 - 6) rodzaju sprzedaży, powodów stosowania przez przedsiębiorcę praktyki rynkowej, oświadczeń i symboli dotyczących bezpośredniego lub pośredniego sponsorowania, informacji dotyczących sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorcy lub jego przedstawiciela, w tym jego imienia i nazwiska (nazwy) i majątku, kwalifikacji, statusu, posiadanych zezwoleń, członkostwa lub powiązań oraz praw własności przemysłowej i intelektualnej lub nagród i wyróżnień.
4. Przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez działanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji.

Jak widzimy, w przywołanym powyżej przepisie wskazane zostały praktyki niedozwolone, polegające na **działaniu**. W kolejnym art. 6 ustawy wskazano niedozwolone **zaniechania**, wywołujące bądź mające zdolność wywołania wprowadzającego w błąd skutku. O praktyce tej będzie dalej mowa.

Jak wspomniano, w art. 5 ust. 1 opisano sytuację, w której ocenianemu działaniu można przypisać niedozwolony skutek. Otóż ma to miejsce wówczas, gdy działanie „w jakikolwiek sposób powoduje lub powodować może podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął”².

W ten sposób nawiązano do klauzuli generalnej tej ustawy; równocześnie na potrzeby uregulowanego tu deliktu wskazano, że ocenie tej podlega **wstępny etap decyzyjny**, mianowicie jej **podejmowanie**, poprzez możliwość zniekształcenia lub faktyczne zniekształcenie zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta, które dodatkowo musi być „istotne”. W ten sposób ukierunkowano dokonywanie stosownych ocen. I tak, zawarta w danym przekazie konfuzja musi mieć co najmniej **możliwość** wpływania na decyzje rynkowe przeciętnego konsumenta danego rynku asortymentowego, podejmowane na etapie przedumownym. Jest to możliwość abstrakcyjna, nie jest tu zatem wymagane wykazanie, że doszło do dezinformacji.

Kolejno w ust. 2 art. 5 ustawodawca przykładowo („w szczególności”) wymienia wprowadzające w błąd działania. Zostaną one przybliżone niżej.

² Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 185 i n.; M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 92 i n.

Rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji

Nie wymaga bliższego uzasadnienia ujęty w przepisie zakaz. Nieprawdziwa informacja o towarze lub usłudze, jeśli ma zdolność wpływania na decyzje konsumentów, zawsze stanowi działanie niedozwolone, naruszając nie tylko interesy ekonomiczne konsumenta, lecz także negatywnie wpływając na sytuację rynkową innych jego uczestników (por. np. art. 14 u.z.n.k.).

Prawdziwość kierowanych do konsumentów przekazów jest nie tylko obowiązkiem etycznym, lecz także wynika z odpowiednich rozwiązań prawnych. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 ustawy z 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 141, poz. 1176 ze zm.) informacja przekazywana do konsumenta powinna być „jasna, rzetelna i uczciwa”. Choćby dwie ostatnie przesłanki wykluczają posługiwanie się w obrocie nieprawdą. Zakaz powyższy jest wzmocniony treścią omawianego przepisu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Nieprawdziwy komunikat rynkowy to taki, który buduje mylne wyobrażenie o rzeczywistym stanie rzeczy. Najczęściej jest on zawarty w działaniach marketingowych okołoproduktowych. Niekiedy także niedozwolony skutek wprost wywiera opakowanie i zawarte na nim informacje (np. o „delikatesowym” charakterze wyrobu, o jego „naturalności” czy skuteczności). Najczęstszą formą komunikacji przedsiębiorcy z klientami jest jednak reklama, która z zasady „przerysowuje” właściwości oferty. Trudno jest generalnie wskazać przypadki, w których do niedozwolonego skutku dochodzi (por. art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k.). Ułatwiałoby niewątpliwie stosowne oceny przeniesienie do tekstu ustawy zawartego w art. 5 ust. 3 *in fine* dyrektywy 2005/29/WE zwrotu wskazującego, że „powszechna i zgodna z prawem jest praktyka reklamowa polegająca na wygłaszaniu przesadzonych twierdzeń lub twierdzeń, których nie należy rozumieć dosłownie”. Jeśli zważyć, iż także polski przeciętny uczestnik rynku generalnie „nauczył” się już „odczytywać” przesadę reklamową, to o nieprawdziwości zawartego w niej przekazu będą decydowały konkretne okoliczności zindywidualizowanego przypadku (takie jak: jego treść i forma, w świetle percepcji modelowego przeciętnego uczestnika danego segmentu rynku, warunki sprzedaży, rodzaj towaru i inne). Przykładowo, zapewne prawidłowo oceni „wyjątkową” skuteczność kolejnego szamponu, ale już nie do końca trafnie zrozumie komunikat opisujący korzyści płynące z takiego czy innego kredytu bankowego. Korzyści wynikające z tekstu reklamy nie zawsze pokrywają się z rzeczywistością, której adresat zwykle nie zna, a nawet nie rozumie odpowiednich informacji o charakterze ekonomicznym.

Rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzić w błąd

I takie informacje mogą mieć wprowadzający w błąd charakter. Zwykle skutek ten wywołuje na przykład komunikat typu: „naturalne płatki kukurydziane”. Jest to twierdzenie, które implikuje rzecz oczywistą, a mianowicie że mają one „natural-

ne” pochodzenie, co może wywołać wrażenie, że inne są „nienaturalne”. Podobnie może być odebrana reklama „Sok bez dodatku cukru”. Informację taką należy sprawdzić w składzie, gdyż producenci zgodnie z odpowiednimi przepisami mogą cukier dodać, choć w ograniczonej, niewielkiej ilości (praktykę tę można także zakwalifikować do grupy nieprawdziwych informacji).

Za niedozwolone wprowadzenie w błąd Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał reklamę „Laptop z modemem iPodem tylko za 1 zł”. Cena umieszczona była na laptopie, a tymczasem wskazana w tekście kwota tego produktu nie dotyczyła. Zasadniczo zatem informacja była prawdziwa, jednak sposób jej umieszczenia wywoływał mylący skutek.

Działanie związane z wprowadzeniem produktu na rynek, które może wprowadzać w błąd w zakresie produktów lub ich opakowań, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych oznaczeń indywidualizujących przedsiębiorcę lub jego produkty, w szczególności reklama porównawcza w rozumieniu art. 16 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zakaz powyższy powinien przenosić do ustawy rozwiązanie zawarte w art. 6 ust. 2 pkt a dyrektywy, za niedozwoloną praktykę uznające:

każdy rodzaj wprowadzenia produktu na rynek, w tym reklamę porównawczą, który powoduje mylenie produktów, znaków towarowych, nazw handlowych, lub innych znaków rozpoznawczych przedsiębiorcy i jego konkurenta.

Zastosowana w polskich przepisach terminologia nawiązuje do odpowiednich przepisów zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności wprost przywołując jej art. 16 ust. 3 (o czym niżej). Także w odniesieniu do innych wprowadzających w błąd działań możemy znaleźć odpowiedniki we wskazanym ostatnio akcie prawnym. Pozwoli to na pomocnicze sięgnięcie do utrwalonych na jej gruncie interpretacji. Zauważyć w tym kontekście należy, iż w omawianej ustawie zawężono reklamę komparatywną do jej postaci zdefiniowanej przepisem. Podobnego ograniczenia nie znajdujemy w odpowiedniej regulacji unijnej, co może prowadzić do odmiennych ocen aniżeli w pozostałych państwach, jeśli zważyć, iż definicja reklamy porównawczej ujęta w dyrektywie Rady 84/450/EWG z 10 września 1984 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (zmienionej dyrektywą 97/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 października 1997 r.) jest nieco odmienna od polskiej.

Działania związane z wprowadzeniem produktu na rynek

Przechodząc do bardziej szczegółowych uwag, na wstępie należy podkreślić, iż w omawianym przepisie ustawodawca ocenia działanie „wprowadzające produkt na rynek”. *Prima facie* wydawałoby się, że obejmują one jedynie fazę wstępną, tj. pierwszy moment rynkowego zaistnienia produktu w obrocie. Należy jednak uznać, że z niedozwoloną praktyką będziemy mieli do czynienia także wówczas, gdy w trakcie

jego funkcjonowania na rynku dochodzi na przykład do mylącej zmiany jego wyglądu zewnętrznego, opakowania. W każdym jednak razie, poza ocenami dokonywanymi na gruncie art. 5 ust. 1 pkt 3, należy pozostawić fazę wstępną, poprzedzającą wejście produktu do obrotu (cyrkulacja wewnętrzna produktu, łącznie z obrotem hurtowym, w którym nie uczestniczy konsument w rozumieniu ustawy).

Przepis ten chroni konsumenta przed każdym rodzajem działań związanych z wprowadzeniem produktu, choć wskazano, na czym wywołanie niedozwolonej na jego gruncie konfuzji może polegać. Praktyki takie określane są mianem niebezpieczeństwa wprowadzenia zamieszania na rynku.

Zawarte w omawianym przepisie wyliczenie niedozwolonych działań rozpoczyna wprowadzenie w błąd co do „produktów lub ich opakowań”. Zwykle ma to miejsce w odniesieniu do ich wyglądu zewnętrznego. W interpretacji tej przesłanki pomocne może być sięgnięcie do odpowiednich rozwiązań zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przyjmowanych na jej tle stanowisk. W szczególności podobną kwestię reguluje art. 13 ustawy, zgodnie z którym:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu.
2. Nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji naśladowanie cech funkcjonalnych produktu, w szczególności budowy, konstrukcji i formy zapewniającej jego użyteczność. Jeżeli naśladowanie cech funkcjonalnych gotowego produktu wymaga uwzględnienia jego charakterystycznej formy, co może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu, naśladowca jest zobowiązany odpowiednio oznaczyć produkt.

Artykuł ten sankcjonuje naśladownictwo w wąskim zakresie, a mianowicie obejmuje nim przypadki, w których dla przeciętnego odbiorcy nie jest właściwie możliwe odróżnienie kopii od oryginału (tzw. niewolnicze naśladownictwo). Z istoty swojej naśladownictwo jest działaniem zamierzonym (świadomym).

Dla wyznaczenia właściwego zakresu zastosowania przepisu art. 13 u.z.n.k. konieczne jest ustalenie, co należy rozumieć przez pojęcie „gotowy produkt”. Po pierwsze, zgodnie z językowym znaczeniem sformułowanie „gotowy produkt” oznacza wytwór w ostatecznej postaci, tzn. takiej, w której jest (lub może być) wprowadzany do obrotu³. Gotowym produktem w tym znaczeniu jest zarówno wyrób finalny, jak i jego określone, będące przedmiotem samodzielnego obrotu, elementy (części zamienne). Może to być również skopiowany element zestawu konkurenta, zapewniający jego kompatybilność z zestawem własnym. Zawarty w hipotezie art. 13 wymóg **skopiowania gotowego produktu** powoduje, że do jego zrealizowania nie wystarcza kopiowanie jedynie używanych przez konkurenta oznaczeń i opatrywanie nimi wprowadzanych do obrotu wyrobów; gotowym produktem są bowiem te wyroby, a nie oznaczenia. Po drugie, z art. 13 wynika, iż prawnie rele-

³ M. Poźniak-Niedzielska, S. Sołtysiński, w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwajgi, Warszawa 2006, s. 521.

wantny jest taki tylko gotowy produkt, który został na tyle zindywidualizowany, żeby mógł być przedmiotem walki konkurencyjnej; klienci muszą go łączyć z określonym producentem lub szczególnymi cechami produktu. Po trzecie, hipotezą art. 13 ust. 1 objęte są akty naśladownictwa wyrobów konkretnego przedsiębiorcy⁴. Chodzi tutaj więc o przypadki zawłaszczania owoców cudzej pracy. Brak zatem podstaw do sankcjonowania przypadków, w których naśladowany produkt nie stanowiłby osiągnięcia przedsiębiorcy, lecz byłby już wcześniej składnikiem wiedzy powszechnej. Podobnie należy ocenić sytuację, gdy wyrób wprowadzony do obrotu przez danego przedsiębiorcę stałby się następnie częścią wiedzy powszechnej (np. gdyby ustały prawa wyłączne, o czym była wyżej mowa). Błąd stanowi delikt nieuczciwej konkurencji wówczas, gdy dochodzi do tego skutku lub dojść może w odczuciu przeciętnego konsumenta (uczestnika) danego rynku asortymentowego. Zostaje on usunięty poprzez na przykład wyraźne wskazanie, kto jest rzeczywistym producentem.

Nieco inne przesłanki decydują o popełnieniu czynu niedozwolonego, opierającego się na wprowadzeniu w błąd na gruncie art. 10 ustawy. Zgodnie z tym przepisem:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.
2. Czynem nieuczciwej konkurencji jest również wprowadzenie do obrotu towarów w opakowaniu mogącym wywołać skutki określone w ust. 1, chyba że zastosowanie takiego opakowania jest uzasadnione względami technicznymi.

Ustawodawca objął hipotezą art. 10 nie tylko oznaczenia indywidualizujące, lecz także **informacje opisowe** związane z towarem (usługą).

Przepis ten chroni uczestników rynku przed wprowadzaniem w błąd co do pochodzenia oraz co do innych istotnych cech (właściwości) towarów lub usług. W tym zakresie wprowadza on wyłączność (monopol) korzystania z danego oznaczenia (kolorystyki, grafiki, układu), kształtu opakowania itp. po stronie pierwszego używającego.

Jeśli chodzi o pierwszą przesłankę, to obejmuje ona w każdym razie wszelkie oznaczenia indywidualizujące towar, tj. przede wszystkim znak towarowy lub nazwę (firmę) przedsiębiorstwa, jak również inne elementy, na przykład charakterystyczną kolorystykę, która wywołuje jednoznaczne skojarzenia z określonym producentem (typu: charakterystyczna kolorystyka wyrobów czekoladowych *Milka*). Indywidualizacja co do pochodzenia następuje nie tylko przez znaki towarowe i nazwę (firmę) – rolę tę pełnią również zdjęcia, symbole, kształt opakowania itp. Zakaz, o którym mowa, jest istotny, gdyż często z pochodzeniem od określonego

⁴ Por. P. Podrecki, E. Traple, *Przejęcie lub naśladownictwo formy zewnętrznej cudzego produktu jako czyn nieuczciwej konkurencji*, ZNUJ. PIPWI 2001, z. 77, s. 29 i n.

przedsiębiorstwa wiąże się jakość towaru, na którą klienci zwracają uwagę i która przyciąga odbiorców do danego produktu.

Warto podkreślić, iż szczególnie dobra konsumpcyjne jednorazowego użytku (np. artykuły spożywcze, kosmetyczne, używki) kupuje się niejako automatycznie, nie koncentrując uwagi na finezyjnych różnicach w zakresie oznaczeń indywidualizujących. Stąd w odniesieniu do takich produktów zwiększa się ryzyko konfuzji co do pochodzenia, maleje w znacznym stopniu w odniesieniu do towarów (usług) trwałego użytku, które nabywa się na dłuższy czas. Zwykłą tendencją jest tu większa staranność w wyborze, w szczególności w odniesieniu do ich producenta⁵.

Wracając do art. 10 ust. 2, za wprowadzające w błąd może być uznane także zastosowane **opakowanie**. Jest ważnym elementem marketingu – w wielu przypadkach właśnie ono decyduje o powodzeniu rynkowym produktu. Dlatego też zdarza się, że nieuczciwi przedsiębiorcy stosują opakowania, które mogą klientów wprowadzić w błąd co do pochodzenia towaru lub usługi albo sugerować, że mają oni do czynienia z produktem takim jak ten, który już funkcjonuje na rynku, bądź takim, który stanowi jego substytut. Tacy przedsiębiorcy naśladują opakowanie innego producenta, w różny zresztą sposób⁶.

Artykuł 10 pozwala na dokonanie ocen w zakresie możliwości wprowadzenia w błąd nie tylko w zakresie kształtu opakowania, lecz także jego kolorystyki, użytej grafiki, napisów. Szczególnie często dochodzi do wykorzystania w sposób nieuczciwy pierwszego ze wskazanych elementów, tj. kolorystyki. Ma ona istotne znaczenie dla produktów kupowanych masowo, przy których mniejszą uwagę zwraca się na producenta, kierując się przy wyborze właśnie znaną sobie kolorystyką. Niekiedy także nowatorski kształt opakowania produktów kupowanych masowo może być rynkowo istotny. Przejęcie go przez kolejnego producenta może wprowadzić w błąd co do pochodzenia właśnie ze względu na wypromowanie tego kształtu przez pierwszego przedsiębiorcę. W wyroku z 11 października 2001 r.⁷ Sąd Najwyższy podkreślił, iż dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji w postaci niedozwolonego naśladownictwa opakowań innego przedsiębiorcy i sprzedaż w nich wyrobów własnych stanowi czyn niedozwolony w rozumieniu art. 10 ust. 2 i może uzasadniać odpowiedzialność deliktową także za szkodę w postaci *lucrum cessans*.

W tym kontekście przywołać należy również orzeczenie Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z 29 kwietnia 2004 r.⁸, w którym stwierdzono, iż zarzut naru-

⁵ Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 160 i n.

⁶ Zob. M. Poźniak-Niedzielska, *Różne oblicza tego samego czynu nieuczciwej konkurencji*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Janusza Szwejki*, pod red. E. Nowińskiej i M. du Valla, ZNUJ. PIPWI 2004, z. 88, s. 225 i n.

⁷ II CKN 578/99, OSNC 2002, nr 6, poz. 83.

⁸ V GC 125/03, niepubl.

szenia tego przepisu jest w rozpatrywanym przypadku zasadny, ponieważ powód jako pierwszy wprowadził do obrotu produkty z określonymi oznaczeniami słownymi i graficznymi. Porównanie opakowań stron nie pozostawia wątpliwości co do licznych, ewidentnych, nieprzypadkowych podobieństw. Stwarza to ryzyko pomyłki w zakresie pochodzenia produktu. Istotne jest przy tym także stwierdzenie sądu, iż wśród ogromnej liczby możliwych zastosowań charakterystycznych oznaczeń wybrano podobną kompozycję etykiet czy opakowań.

Dla omawianego zakazu zawartego w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym znaczenie może mieć także art. 14 u.z.n.k. Wedle tego przepisu:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.
2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o:
 - 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem;
 - 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;
 - 3) stosowanych cenach;
 - 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.
3. Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się:
 - 1) nieprzysługującymi lub nieściśłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;
 - 2) nieprawdziwymi atestami;
 - 3) nierzetelnymi wynikami badań;
 - 4) nierzetelnymi informacjami o wyróżnieniach lub oznaczeniach produktów lub usług.

Jak widzimy, wskazano tu przykładowo szereg przypadków, w których ma miejsce możliwość wywołania niedozwolonego skutku. Mając na uwadze, iż literatura i orzecznictwo są na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stosunkowo bogate, można posiłkowo odpowiednimi wskazówkami kierować się także w omawianym zakresie niedozwolonych praktyk.

Wprowadzająca w błąd reklama porównawcza

Ustawa ta kolejno w pkt 3 ust. 2 art. 5 wprost nawiązuje do jednego z szeregu działań reklamowych, które zakłócić mogą konsumencki proces decyzyjny. Mowa jest o **reklamie porównawczej**, uregulowanej w art. 16 ust. 3 u.z.n.k. Całość zatem ocen dotyczących tej praktyki kierować się musi treścią przywołanego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z tym jednak zastrzeżeniem, że uregulowanie zawarte w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym ogranicza stosowanie oceny do: produktów lub ich opakowań, znaków towarowych lub innych oznaczeń indywidualizujących przedsiębiorcę lub

jego produkty. Regulacja zawarta w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest dość obszerna i trudna interpretacyjnie, o następującej treści:

Reklama umożliwiająca bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta, zwana dalej „reklamą porównawczą”, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Reklama porównawcza nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, jeżeli łącznie spełnia następujące przesłanki:

- 1) nie jest reklamą wprowadzającą w błąd, o której mowa w ust. 1 pkt 2;
- 2) w sposób rzetelny i dający się zweryfikować na podstawie obiektywnych kryteriów porównuje towary lub usługi zaspokajające te same potrzeby lub przeznaczone do tego samego celu;
- 3) w sposób obiektywny porównuje jedną lub kilka istotnych, charakterystycznych, sprawdzalnych i typowych cech tych towarów i usług, do których może należeć także cena;
- 4) nie powoduje na rynku pomyłek w rozróżnieniu między reklamującym a jego konkurentem, ani między ich towarami albo usługami, znakami towarowymi, oznaczeniami przedsiębiorstwa lub innymi oznaczeniami odróżniającymi;
- 5) nie dyskredytuje towarów, usług, działalności, znaków towarowych, oznaczeń przedsiębiorstwa lub innych oznaczeń odróżniających, a także okoliczności dotyczących konkurenta;
- 6) w odniesieniu do towarów z chronionym oznaczeniem geograficznym lub chronioną nazwą pochodzenia odnosi się zawsze do towarów z takim samym oznaczeniem;
- 7) nie wykorzystuje w nieuczciwy sposób renomy znaku towarowego, oznaczenia przedsiębiorstwa lub innego oznaczenia odróżniającego konkurenta ani też chronionego oznaczenia geograficznego lub chronionej nazwy pochodzenia produktów konkurencyjnych;
- 8) nie przedstawia towaru lub usługi jako imitacji czy naśladownictwa towaru lub usługi opatrzonego chronionym znakiem towarowym, chronionym oznaczeniem geograficznym lub chronioną nazwą pochodzenia albo innym oznaczeniem odróżniającym.

Podstawowy dla prowadzonych rozważań jest jednak pkt 2 ust. 1 art. 16, wskazujący, że „reklama nie może wprowadzać w błąd, jeżeli błąd ten wpływa lub może wpłynąć na podjęcie przez klienta odpowiedniej decyzji rynkowej”.

Skuteczne postawienie odpowiedniego zarzutu wymaga **równoczesnego** spełnienia w każdym razie dwóch przesłanek. Pierwsza to wprowadzenie w błąd, tj. wywołanie u klienta niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy wyobrażenia o towarze lub usłudze⁹. Drugą jest możliwość podjęcia pod wpływem błędu decyzji dotyczącej nabycia towaru lub usługi. Obojętne jest przy tym, czy treść reklamy jest fałszywa (nieprawdziwa), czy myląca, jak również obojętne jest wina sprawcy. Niedozwolony skutek wywołać mogą różnego rodzaju przekazy, w tym przede wszystkim informacje nieprawdziwe, niepełne, mimo że prawdziwe, zbyt ogólnikowo sformułowane bądź wieloznaczne. Jak podkreślił to Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z 19 maja 2005 r.¹⁰, wprowadzenie w błąd może polegać na pominięciu w reklamie istotnej dla konsumenta informacji, za

⁹ Por. I. Wiszniewska, w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwejki, Warszawa 2006, s. 688 i n.

¹⁰ XVII Ama 11/04, Lex Polonica nr 407644.

którą należy uznać cenę towaru. Sprawa dotyczyła reklamy, której przedmiotem była sprzedaż mieszkań. Podano w niej między innymi cenę metra kwadratowego, która nie odpowiadała jego cenie rzeczywistej, gdyż nie uwzględniała podatku. Postęp techniczny pociąga za sobą nowe możliwości, w tym niestety także w zakresie dokonywanych naruszeń. Mowa o Internecie, który stosowany na potrzeby przedsiębiorców może wywoływać błędne przeświadczenia, w szczególności co do pochodzenia produktu, w związku z posługiwaniem się określonym znakiem towarowym lub nazwą (firmą) w tzw. meta-tags czy odwołaniach.

Klientem, do którego reakcji odwołuje się omawiany przepis, jest przeciętny adresat reklamy, traktowany *in abstracto*. Tak więc rolą sędziego jest jego określenie na potrzeby rozpatrywanej sprawy. Jeśli kierować się treścią tego przepisu na potrzeby omawianej praktyki, to byłby nim przeciętny konsument. Wzorzec ten ma charakter ocenny. Przypomnieć należy, iż w pkt 18 preambuły dyrektywy 2005/29/WE podkreślono, że „test przeciętnego konsumenta nie jest testem statycznym”. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny. Z obserwacji wynika także, że do badań takich należy się odnosić z dużą dozą krytycyzmu. Nie podważając prawidłowości stosowanych metod i rzetelności ośrodków badawczych, należy podkreślić, iż często to treść zadanych pytań podpowiada respondentom odpowiedź, nie mówiąc już o tym, że respondenci kierują się niekiedy nie własnymi przekonaniem, lecz „odgadują”, jakiej odpowiedzi oczekuje pytający.

Krajowe sądy, dokonując stosownych ocen, budowały model, o którym mowa. I tak – przykładowo – w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2003 r.¹¹ podkreślono, że kryteria mające kształtować wzorzec przeciętnego konsumenta i ustalenia dotyczące przesłanek określonych w art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. nie mogą pomijać możliwości samodzielnej weryfikacji uzyskanych informacji i wyobrażeń przez adresata reklamy o towarze, warunkach panujących na określonym segmencie rynku, a także potrzeb, do zaspokojenia których uczestnik rynku zmierza, podjąwszy decyzję o nabyciu reklamowanego towaru. Znaczenie rodzaju oferty i jej wpływu na tworzenie modelu konsumenta rozważał warszawski Sąd Apelacyjny w wyroku z 6 grudnia 2007 r.¹² Wskazał mianowicie, że specyfika wyszukiwania, rezerwacji zakupu biletów lotniczych przez Internet w systemie on-line powoduje, że zamieszczona w nim reklama usług tanich linii lotniczych kierowana jest do oznaczonego kręgu konsumentów. Wprowadzająca w błąd (niepełna) reklama nie ma w tych okolicznościach zdolności do wpływania na decyzję jej adresatów co do zakupu usług. Podkreślić warto, iż Sąd w przywołanym orzeczeniu odniósł się także do wielce istotnej kwestii, a mianowicie wskazał, że wprowadzająca w błąd treść reklamy musi mieć realną zdolność wpływania na decyzję

¹¹ I CK 358/02, Lex Polonica nr 367103.

¹² VI ACa 842/07, OSA 2009, z. 2, poz. 7.

klientów. Okoliczność tę podkreślił warszawski Sąd Apelacyjny w orzeczeniu z 20 grudnia 2007 r. (I ACa 905/07)¹³, wskazując, że zamieszczenie nieprawdziwych informacji o gratisowym lub częściowo gratisowym nabyciu produktu w sytuacji, gdy klient nabywa go odpłatnie lub po cenie niezawierającej obniżki, jako reklama wprowadzająca w błąd, jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Podkreślić należy, że nie jest przy tym konieczne rzeczywiste nabycie towaru czy usługi, omawiany przepis zakazuje bowiem prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd w wypadku, gdy **może** ona wpłynąć na decyzję klienta. Dokonując stosownych ocen, organ orzekający nie ma więc obowiązku ustalania faktycznych skutków rynkowych takiej reklamy.

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym odwołuje się do omówionego powyżej uregulowania dotyczącego reklamy porównawczej, z tym że odpowiedni zakaz łączy z przesłanką wprowadzenia w błąd. Jeśli porównać oba przepisy, to można zauważyć, że możliwość wywołania konfuzji jest tylko jedną z przesłanek dozwolonego porównania, odwołując się w tym zakresie do pkt 2 ust. 1 art. 16 u.z.n.k. Na gruncie drugiej, omawianej ustawy, ocenie podlegać będą te przekazy porównawcze, które – zgodnie z treścią przepisu – wywołać mogą konfuzję co do: produktów, opakowań, znaków towarowych, nazw handlowych i innych oznaczeń indywidualizujących przedsiębiorcę lub jego produkty. Na marginesie, w ostatnio przywołanej ustawie zawarty został – nieujęty dotąd w krajowych przepisach termin: „nazwa handlowa”, wskazany w dyrektywie, zaś wcześniej ujęty w przepisach konwencji paryskiej. Z tego względu sięgnąć należy do jej postanowień, określając zakres regulacji ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Otóż przez nazwę handlową (*trade name*, *nom commercial*, *Handelsname*) rozumie się nazwę, pod którą przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą. Tym różni się od firmy czy innego oznaczenia indywidualizującego przedsiębiorcę, że musi pełnić funkcję dystynktywną¹⁴.

Nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk

Od kilku lat panuje w Polsce moda na dobrowolne przyjmowanie, zwykle w ramach branż, zespołu reguł określających normy akceptowanych zachowań, niekiedy nawet bardziej restrykcyjne aniżeli odpowiednie rozwiązania prawne. Zwykle sporo miejsca zajmuje w nich określenie zasad prowadzenia reklamy. Definicję takich kodeksów znajdujemy w art. 2 lit. f dyrektywy, wedle której:

¹³ OSA 2009, z. 8, poz. 26, s. 44.

¹⁴ Por. M. Kępiński, *Nazwa handlowa w świetle art. 8 konwencji paryskiej*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Janusza Szewczyka*, s. 88.

„kodeks postępowania” oznacza umowę lub zbiór zasad, które nie są wymagane na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych Państwa Członkowskiego i które definiują postępowanie przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do przestrzegania kodeksu w odniesieniu do jednej lub większej liczby określonych praktyk handlowych lub sektorów działalności gospodarczej.

Polskim odpowiednikiem jest pkt 4 art. 2 ustawy, w brzmieniu:

kodeks dobrych praktyk – rozumie się przez to zbiór zasad postępowania, a w szczególności norm etycznych i zawodowych przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do ich przestrzegania w odniesieniu do jednej lub większej liczby praktyk rynkowych.

Zmieniona nieco w polskiej ustawie terminologia nie opisuje odmiennego od wskazanego w dyrektywie kodeksu.

Zakazem wskazanym w art. 6 ust. 2 lit. b dyrektywy objęte zostało:

nieprzestrzeganie przez przedsiębiorcę obowiązków zawartych w kodeksach postępowania, do których przestrzegania się zobowiązał, jeżeli: 1) obowiązek taki nie opiera się jedynie na samym zamiarze jego wykonania, lecz jest wiążący i możliwy do zweryfikowania; 2) przedsiębiorca zaznacza w ramach praktyki handlowej, że jest związany kodeksem.

Omawianym przepisem zarówno unijny, jak i polski ustawodawca chronią zaufanie konsumenta do przedsiębiorcy, budowane między innymi informacją od niego pochodzącą, iż w swojej praktyce rynkowej stosuje się do określonych obowiązków, których przestrzeganie ma także służyć prawidłowemu komunikowaniu się z nabywcami, przestrzeganiu godziwych zasad w ramach konkurencji, samoograniczeniu w odniesieniu do treści i formy promocji itp. Konsument, otrzymując taką informację, pozostaje zatem w przekonaniu, że ma do czynienia z rzetelnym przedsiębiorcą, godzącym się na ograniczenia ze względu na dobro wszystkich uczestników obrotu.

W świetle omawianego przepisu, za niedozwoloną praktykę uznano **nieprzestrzeganie postanowień kodeksu**, choć jedynie w sytuacji, gdy **informuje** konsumentów o fakcie związania takimi postanowieniami.

Rozwiązanie zawarte w ustawie różni się nieco od przywołanego rozwiązania unijnego, nie zawiera bowiem cytowanego powyżej pkt 1 lit. b ust. 2 art. 6 dyrektywy. Pamiętając, że jest to dyrektywa zupełna, dla interpretacji krajowych przepisów należy kierować się przywołanym art. 6 ust. 2 lit. b.

Dalsze przypadki wprowadzających w błąd działań – ust. 3 art. 5 ustawy

Obszerny art. 5 ustawy wskazuje przykładowo wiele dalszych przypadków **działań** wprowadzających w błąd. Za takie uznaje (w kolejności) komunikaty dotyczące **istnienia produktu, jego rodzaju i dostępności** (pkt 1 ust. 3 art. 5). Niewątpliwie mogą one mieć decydujący wpływ na rynkowe wybory konsumentów, jeśli więc są mylące, muszą zostać uznane za nieuczciwe. Za takie uznać można na przykład zapewnienia co do możliwości otrzymywania nagród w programach lojalnościowych,

jeśli nagrody te są trudno dostępne choćby ze względów czasowych. Jeśli produkt taki jest w ogóle niedostępny, to dodatkowo może to być **przypadek reklamowej przynęty**, niedozwolony w każdych okolicznościach (art. 7 pkt 5 ustawy). Co do rodzaju produktu można wskazać, że na przykład informacja o jego „delikatesowym” smaku czy ekskluzywności wykonania może w tym zakresie wprowadzać w błąd. Na marginesie warto podkreślić, iż analizując poszczególne przesłanki omawianego czynu można zauważyć pokrywanie się ich. I tak, konfuzja co do **rodzaju produktu** może stanowić równocześnie przypadek **informacji nieprawdziwej lub mylącej**, czy też (o czym niżej) wprowadzających w błąd informacji co do **cech produktu**, jego jakości itp. (pkt 2 ust. 3 art. 5). Przepis ten wskazuje, że jako niedozwoloną praktykę traktuje się w szczególności wprowadzenie w błąd co do:

cech produktu, w szczególności jego pochodzenia geograficznego lub handlowego, ilości, jakości, sposobu wykonania, składników, daty produkcji, przydatności, możliwości i spodziewanych wyników zastosowania produktu, wyposażenia dodatkowego, testów i wyników badań lub kontroli przeprowadzanych na produkcie, zezwoleń, nagród lub wyróżnień uzyskanych przez produkt, ryzyka i korzyści związanych z produktem.

Lektura przepisu po raz kolejny prowadzi do refleksji, że ustawodawca usilnie starał się dopasować tę ustawę do postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przywołany przepis znajduje odbicie w hipotezach takich przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak art. 8 i 9 ust. 1, art. 10 czy art. 14. Nie do końca jednak ujęte zostały przesłanki zawarte w art. 6 ust. 1 lit. b dyrektywy, w którym to przepisie mowa jest o: „głównych cechach produktu, takich jak jego dostępność, związane z nimi korzyści i ryzyko, wykonanie, skład, wyposażenie dodatkowe, usługi po sprzedaży i procedura reklamacyjna, sposób i data produkcji lub wykonania, dostawa, przydatność, zastosowanie, ilość, specyfikacja, pochodzenie geograficzne lub handlowe, spodziewane rezultaty jego zastosowania lub wyniki i istotne cechy testów lub kontroli przeprowadzonych na produkcie”. Po raz kolejny zatem oba teksty wykazują różnice, wbrew pełnemu charakterowi dyrektywy¹⁵. Oznacza to jednak, że przy interpretacji ustawowych rozwiązań musimy sięgać do unijnych przesłanek i w ich duchu prowadzić oceny¹⁶.

Jeśli zważyć, co podkreślono powyżej, iż większość przywołanych przesłanek ustawowych powieliła te, które zawarte są w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to wobec braku praktyki ugruntowanej na tle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym niewątpliwie co najmniej pomocniczo stosować należy poglądy i orzecznictwo wyrażane na gruncie pierwszej ze wskazanych ustaw.

Ilustracyjnie zatem przedstawię kilka uwag. Niewątpliwie, bardzo często dokonujemy zakupu, kierując się **pochodzeniem geograficznym** towaru (usługi).

¹⁵ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 219; M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 119 i n.

¹⁶ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 219 i n.

Dotyczy to nie tylko (choć przede wszystkim) towarów spożywczych, lecz także i przemysłowych (hawańskie cygara, niemieckie auta, amerykańskie dżinsy, włoskie buty i inne). Stąd jesteśmy skłonni zapłacić więcej właśnie ze względu na miejsce wytworzenia produktu. Niewątpliwie zatem wprowadzenie w błąd w tym zakresie ma bezpośredni wpływ na decyzje rynkowe. Z tego choćby względu przepisy zarówno międzynarodowe, jak i krajowe czuwają nad prawidłowością ich używania. W Polsce odpowiednie zakazy zawarte są przede wszystkim w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie zatem z art. 8:

czynem nieuczciwej konkurencji jest opatrywanie towarów lub usług fałszywym lub oszukańczym oznaczeniem geograficznym wskazującym bezpośrednio albo pośrednio na kraj, region lub miejscowość ich pochodzenia albo używanie takiego oznaczenia w działalności handlowej, reklamie, listach handlowych, rachunkach lub innych dokumentach.

Delikt ten może zostać popełniony zarówno przez fałszywe, bezpośrednie przywołanie nazwy geograficznej w obojętnej formie gramatycznej (np. krakowskie dla określenia towaru niepochodzącego z tego miasta), lecz także mylące (oszukańcze posłużenie się jednoznacznie kojarzonym symbolem, takim jak zamek wawelski, warszawska Syrenka czy londyński Big Ben)¹⁷.

A z przypadkami takimi mamy w praktyce do czynienia. Tak na przykład gdański Sąd Wojewódzki uznał, iż umieszczenie na etykiecie alkoholu produkowanego poza Szkocją oznaczenia „Rob Roy” jest oszukańcze¹⁸. Sąd niemiecki uznał oznaczenie „Holenderski likier” dla alkoholu produkowanego wprawdzie z holenderskich ziół, lecz poza terenem tego kraju, za niedozwolone¹⁹. Istnieje jednak pewna różnica w porównywanych regulacjach. Otóż art. 8 u.z.n.k. dla skutecznego postawienia zarzutu **nie wymaga** wykazania nawet **potencjalnego wprowadzenia w błąd**, podczas gdy **jest to warunek** zawarty w omawianym przepisie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, przesądzający o możliwości skorzystania z gwarantowanej nim ochrony.

Kolejny przepis, tj. art. 9 u.z.n.k. wskazuje:

1. Jeżeli towar lub usługa w miejscu pochodzenia korzysta z ochrony, a z pochodzeniem z określonego regionu lub miejscowości są związane ich szczególne cechy lub właściwości, czynem nieuczciwej konkurencji jest fałszywe lub oszukańcze używanie takich chronionych oznaczeń geograficznych i chronionych nazw pochodzenia.
2. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także używanie oznaczeń i nazw, o których mowa w ust. 1, nawet z dodatkiem „rodzaj”, „typ”, „metoda” albo równoznacznym.

¹⁷ Por. M. Poźniak-Niedzielska, w: *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 340 i n.; E. Nowińska, w: E. Nowińska, M. du Vall, U. Promińska, *Prawo własności przemysłowej*, wyd. 5, Warszawa 2011, s. 436 i n.; I. Barańczyk, *Ochrona prawna oznaczeń geograficznych*, Warszawa 2008, s. 161 i n.

¹⁸ Wyrok z 27 lutego 1996 r., IX GC 543/95, niepubl. Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 129 i n.

¹⁹ Por. I. Barańczyk, *Ochrona prawna oznaczeń geograficznych*, Warszawa 2009, s. 164.

Przywołana regulacja obejmuje tzw. kwalifikowane oznaczenia geograficzne, tj. takie, którymi opatrywane są towary o szczególnych właściwościach, wynikających z przymiotów miejsca geograficznego, z którego pochodzą. Znamy wina tokaj, szynkę parmeńską, koniaki. Nazwy takie **korzystają z ochrony w kraju pochodzenia** i z tego względu uprawnieni mogą także i w Polsce powoływać się na wskazany przepis. Ochrona jest również i tu **niezależna od wprowadzenia w błąd** co do pochodzenia geograficznego, gdyż – jak się podkreśla – w tym przypadku chodzi o wyeliminowanie z obrotu pasożytniczego działania polegającego na wykorzystywaniu renomy, jaką cieszy się dany produkt ze względu na miejsce pochodzenia²⁰. Również interesy nabywców mogą być zagrożone w przypadku fałszywego lub oszukańczego używania chronionych oznaczeń geograficznych i nazw²¹. Na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, kierując się generalnie treścią art. 9 u.z.n.k., należy pamiętać, że i tu musi się wykazać **co najmniej możliwość wywołania błędu** co do geograficznego pochodzenia. Zazwyczaj nie będzie to trudne, ponieważ oznaczenia kwalifikowane, jak również przymioty opatrywanych nimi towarów są powszechnie znane. Jednakże możemy mieć do czynienia także z przypadkami, w których ochrona odniesień geograficznych obejmuje produkty, które w innym państwie nie są dostatecznie rozpoznawalne. Wówczas strona dowodowa może być utrudniona.

Zgodnie z art. 9 u.z.n.k. nie jest także dozwolone – spotykane przecież w obrocie – używanie pojęć: typ, rodzaj, metoda. Zakaz ten jest niezależny od możliwości wywołania wprowadzającego w błąd skutku. O tym, czy działanie takie będzie także niedozwolone na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, przesądzać będzie ocena, czy pojęcie takie może wywołać konfuzję co do rzeczywistego pochodzenia produktu (np. wino typu tokaj), która to cecha zwykle decyduje o wyborze rynkowym konsumenta. W związku z obowiązaniem odpowiednich rozwiązań unijnych podkreśla się, że art. 9 u.z.n.k. został przez nie wyłączony w sytuacji, gdy nazwa pochodzenia lub oznaczenia geograficzne zostały wpisane do rejestru Komisji Europejskiej²².

Jeśli chodzi o błąd co do ilości, to z punktu widzenia art. 10 ust. 1 u.z.n.k. istotne jest także wrażenie, jakie wywołują towar wraz z opakowaniem. Do wprowadzenia w błąd często może dochodzić w odniesieniu do tych produktów, które oferowane są w tubach czy umieszczane w dodatkowym opakowaniu (często tak się dzieje w przypadku produktów kosmetycznych).

Powodem wątpliwości klientów może być informacja o **jakości** produktu w powiązaniu z opisem ocennym typu „delikatesowe wyroby wiejskie” czy

²⁰ Por. M. Poźniak-Niedzielska, w: *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 358.

²¹ Co do tej terminologii por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 139 i n.; I. Barańczyk, *Ochrona prawna...*, s. 162 i n.

²² Por. R. Skubisz, *Ochrona geograficznych oznaczeń pochodzenia w prawie wspólnotowym i polskim*, EPS 2006, nr 2, s. 14; E. Nowińska, w: E. Nowińska, M. du Vall, U. Promińska, *Prawo własności przemysłowej*, s. 434.

„najzdrowsza karma dla zwierząt”. Dla współczesnej diety istotna jest informacja o zawartości cukru. Stąd wskazanie, że produkt jest go pozbawiony, w istotny sposób wpływa na decyzje rynkowe nabywcy. Może to być mylące, gdyż na przykład do soku dodano inne substancje słodzące. Na marginesie, zgodnie z obowiązującymi normami do jednego litra soku może być dodane 150 g cukru. Na podstawie projektowanych zmian w prawie Unii, ma to być zabronione. Chętnie także wabi się klienta komunikatem o „ekologicznym” produkcie albo informacją, że nie zawiera on konserwantów. Z oczywistych względów dla klientów istotne jest, aby nie wprowadzać ich w błąd co do jakości czy zawartości **produktów żywnościowych**. W tym zakresie zarówno w Polsce, jak i w Unii Europejskiej przewidziano wiele przepisów szczególnych. Jeśli chodzi o rozwiązania krajowe, to należy przywołać przykładowo ustawę z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia²³ czy ustawę z 21 grudnia 2000 r. o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych²⁴.

Przypomnę, że w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakaz wprowadzających w błąd działań zawarty został także w art. 14, który jako delikt traktuje między innymi rozpowszechnianie nieprawdziwych lub mylących wiadomości o produkcie, stosowanych cenach, posługiwanie się nierzetelnymi wynikami badań, rozpowszechnianie nierzetelnych informacji o wyróżnieniach lub odznaczeniach. Praktyki takie zostały wskazane także w omawianym art. 5 ust. 3 pkt 2 u.p.n.p.r., można zatem sięgnąć pomocniczo również do literatury i orzecznictwa wydanego na gruncie art. 14 u.z.n.k. Przykładowo, obie ustawy za nieuczciwe uznają powoływanie się na wprowadzające w błąd atesty i takie wyróżnienia czy nagrody. W praktyce z takimi przypadkami mamy do czynienia na przykład w sytuacji, gdy w reklamie wskazuje się na wynikające z przeprowadzonych badań akceptowanie produktu, podczas gdy badania były prowadzone na niewielkiej grupie uczestników bądź w odległym czasie. Z chwaleniem się nagrodami czy wyróżnieniami może być podobnie. Ich przyznanie jest niekiedy rezultatem odpowiedniego zamówienia, przeprowadzonego nieprofesjonalnie przez niewłaściwą pod względem merytorycznym instytucję badawczą. Warto niekiedy sprawdzić, co oznacza taka nagroda, kto ją przyznaje i na jakich zasadach.

Niedozwolony i wskazany omawianym przepisem ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym skutek może zostać wywołany w odniesieniu do **ryzyka i korzyści**, jakie są związane z używaniem produktu. Informacje takie mają szczególne znaczenie w odniesieniu do produktów leczniczych. W zakresie ich reklamy restrykcyjne zasady przewidziane są w ustawie z 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne²⁵. W szczególności odpowiednie zakazy obejmują wprowadzanie w błąd, nieobiektywne prezentowanie takiego produktu, nakazując komunikować o racjonalnym stosowaniu leku (art. 53 ustawy). W literatu-

²³ Dz.U. Nr 171, poz. 1225 ze zm.

²⁴ T.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 187, poz. 1577 ze zm.

²⁵ T.j. Dz.U. z 2004 r. Nr 53, poz. 533 ze zm.

rze podkreślono, że w świetle powyższej regulacji pominięcie jakiegoś elementu doniesłego dla kupującego lub wskazanie na nieadekwatną do rzeczywistej skalę zagrożeń nie będzie uważane za przedstawienie obiektywne. Nawet gdy w pozostałym zakresie dostarczono w przekazie informacje prawdziwe²⁶. Przykładowo GIF wstrzymał reklamę leku Atrozol w związku z pominięciem informacji o niezbędnych środkach ostrożności przy stosowaniu leku i konsekwencjach niestosowania się do nich. Wskazując możliwe naruszenia, przypominę, że otrzymujemy niekiedy zapewnienie, że inny lek nie jest tak skuteczny, co w wielu przypadkach nie jest prawdą; zapewnia się nas o pozytywnym skutku zdrowotnym, co jest możliwe, ale w określonych sytuacjach, itd. Podobnie wiele reklam preparatów kosmetycznych zawiera co najmniej mylące informacje. Tak na przykład wskazanie, że dany produkt zmniejsza wypadanie włosów „o 66%”, musi być potwierdzone rzetelnymi badaniami. Podobnie informacja o „widocznym” wpływie kremu na redukcję zmarszczek czy skuteczności produktu dietetycznego. Wszystkie dające się zweryfikować informacje muszą być prawdziwe i dostosowane do percepcji przeciętnego nabywcy takiego produktu.

Kolejno w pkt 3 ust. 3 art. 5 za wprowadzające w błąd praktyki uznano działania polegające na podawaniu informacji o takim właśnie skutku, dotyczących **obowiązków przedsiębiorcy związanych z produktem, w tym usług serwisowych i procedury reklamacyjnej, dostawy, niezbędnych usług i części**. Aby nie naruszyć cytowanego przepisu, przedsiębiorca powinien nie tylko powstrzymać się od pewnych działań, lecz także **podejmować starania** w celu właściwego poinformowania konsumenta o produkcie i o umownych warunkach korzystania z niego. Jeśli chodzi o procedurę reklamacyjną, to odpowiednie postępowanie nie powinno być nadmiernie utrudnione, co zwykle wpływa na odstąpienie nabywcy od skorzystania z takich możliwości. W tym zakresie wiele razy interweniował Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, między innymi w odniesieniu do koniecznych dokumentów przedstawianych przewoźnikowi lotniczemu w celu reklamacji zaginionego bagażu.

Procedura reklamacyjna została uregulowana w ustawie z 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej²⁷. Przedsiębiorca (sprzedawca) ma obowiązek umieszczania w dokumencie gwarancyjnym informacji, że gwarancja na sprzedany towar nie wyłącza, nie ogranicza ani nie zawiesza uprawnień kupującego, wynikających z niezgodności towaru z umową (art. 13 ust. 4 tej ustawy)²⁸. To uprawnienie nabywcy nie może być zatem zmienione umownie. Szczególnie istotne dla konsumenta w świetle tych postanowień jest to, że przedsiębiorca nie może ograniczać jego praw, przyznając nabywcy na przykład jedynie uprawnienie do naprawy lub wymiany towaru.

W pkt 4 ust. 3 art. 5 wskazano, iż wprowadzenie w błąd może dotyczyć **praw konsumentów, w szczególności prawa do naprawy lub wymiany produktu na**

²⁶ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 235.

²⁷ Dz.U. Nr 141, poz. 1176 ze zm.

²⁸ Por. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 128.

nowy albo prawa do obniżonej ceny lub do odstąpienia od umowy. Niebezpieczna dla podejmowanych decyzji jest oczywiście myląca informacja o cenach. To ona zwykle wabi klienta, zachęca do kupna. Różne są przy tym „sposoby” wywoływania konfuzji: od komunikatów o znacznych obniżkach cen towarów, podczas gdy tylko nieliczne z nich są objęte obniżką, po komunikaty o promocji, choć jest to „zwykła” wyprzedaż. W tym przypadku nieuczciwość tkwi w użyciu słowa „promocja”, które niesie za sobą określony przekaz, a mianowicie że czas trwania oferty jest z jednej strony krótki, zaś w tym czasie ceny niższe aniżeli po jej ustaniu.

Szczególnie narażone na wprowadzające w błąd praktyki są osoby kupujące za pośrednictwem Internetu. Odpowiednie prawa i obowiązki przy tak dokonywanym zakupie reguluje między innymi ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną²⁹. Ustawa obejmuje najróżniejsze usługi, z których korzysta się za pośrednictwem Internetu, na przykład usługi turystyczne, tzw. hostingowe, udostępnianie domen internetowych, usługi providerskie, przesyłanie różnych informacji i danych, usługi bankowe, finansowe itp. Wiele osób kupuje takie produkty w ten właśnie sposób. Brakuje tu bezpośredniego kontaktu nie tylko ze sprzedawcą, ale i z nabywanym produktem. Może to wywoływać liczne nieporozumienia i zawody; na przykład kupujemy biżuterię, która w rzeczywistości jest zupełnie inna niż na zdjęciu; wymiar ubrania nie pasuje do sylwetki itd. Ze względu na sposób zakupu ustawa przewiduje możliwość odstąpienia od umowy bez podania przyczyn, składając pisemne oświadczenie w terminie 10 dni od dnia wydania rzeczy lub od zawarcia umowy (jeśli dotyczy ona usług). Informacja o takiej możliwości musi znajdować się na stronie. Jest to swoisty wyjątek od zasady swobody zawierania umów oraz zasady pewności obrotu cywilnoprawnego. Został wprowadzony do umów z udziałem konsumentów właśnie z uwagi na specyfikę handlu elektronicznego, czyli zawieranie umowy bez fizycznej obecności stron, na odległość. Niestety, informacja ta jest bardzo często pomijana lub zawiera błędy (wskazuje np. termin odstąpienia od umowy krótszy niż wspomniane 10 dni). Czasami można spotkać się z zastrzeżeniem, że konsumentowi wolno odstąpić od umowy za zapłatą oznaczonej sumy (odstępne). Jest to niedopuszczalne. Podobnie jak zastrzeżenie w rodzaju „sklep internetowy nie wypożycza sprzętu do testowania i z tego powodu klient nie może odstąpić od umowy kupna”. Nie oznacza to, że klient od umowy odstąpić nie może.

Z kolei przepisy dotyczące umów zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa³⁰ przewidują możliwość odstąpienia od umowy bez podania przyczyny. Jest to przejaw troski ustawodawcy o konsumenta, który kupując poza sklepem, punktem sprzedaży, jest zwykle narażony na natarczywe nagabywanie sprzedawcy. Może zatem podjąć niekorzystną czy niechcianą decyzję rynkową, chcąc za-

²⁹ Ustawa z 18 lipca 2002 r., Dz.U. Nr 144, poz. 1204.

³⁰ Ustawa z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, Dz.U. Nr 22, poz. 271 ze zm.

kończyć spotkanie. Także ustawa o kredycie konsumenckim z 20 lipca 2001 r.³¹ zawiera własne postanowienia dotyczące zasad odstąpienia od umowy. Inna sprawa, czy konsument właściwie je rozumie. Zawiłość procedur oceniana oczami przeciętnego konsumenta może stanowić podstawę oceny, czy są one zgodne z uczciwymi zasadami rynkowymi.

Wskazane powyżej akty prawne mogą służyć interpretacji praw konsumenta, o których mowa także w omawianym pkt 3 ust. 3 art. 5 u.p.n.p.r. Jeśli chodzi o uprawnienia związane z **naprawą lub wymianą produktu**, to wskazuje je ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej w art. 8.

Omawiany przepis ustawy przez użycie wyrażenia „w szczególności” wskazuje, że w zakresie działań wprowadzających w błąd co do praw przysługujących konsumentowi mogą mieć miejsce i inne, niewymienione praktyki.

Kolejny, pkt 4 ust. 3 art. 5 ustawy, zakazuje praktyki polegającej na wprowadzaniu w błąd konsumenta co do jego praw, w szczególności prawa do **naprawy lub wymiany produktu na nowy lub prawa do obniżenia ceny lub do odstąpienia od umowy**. Komentarz do tego punktu ustawy jest właściwie tożsamy z uwagami zamieszczonymi powyżej co do praw konsumenta. Są one więc aktualne i w tym miejscu rozważań.

Wedle kolejnego, pkt 5 ust. 3 art. 5 ustawy, **niedozwolone jest wprowadzanie w błąd co do ceny, sposobu obliczania ceny lub istnienia szczególnej korzyści cenowej**. Jest oczywiste, że to zwykle cena przesądza o decyzjach rynkowych konsumentów. Ma istotną wagę w odniesieniu do towarów kupowanych masowo, co nie oznacza, że w odniesieniu do produktów luksusowych nie ma znaczenia. Zasady jej ustalania reguluje ustawa z 5 lipca 2001 r. o cenach³². Zgodnie z jej art. 3 ust. 1 pkt 1 oraz art. 12 ust. 2 przedsiębiorca jest zobowiązany do udzielenia konsumentowi rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji w tym zakresie. Cena powinna być ceną brutto. W taki też sposób powinna być podawana do informacji publicznej na każdym etapie cyrkulacji rynkowej towaru czy usługi, a więc i w reklamie. Wprowadzić w błąd może w szczególności niepełna informacja cenowa przewoźnika lotniczego, na przykład nieuwzględniająca dodatkowych, obowiązkowych opłat lotniskowych czy konieczności płacenia za bagaż powyżej określonej wagi. Ostatnio wiele z osób korzystających z komórek otrzymuje informacje w wielce zachęcającej formie, z których wynika, że po przesłaniu SMS-u otrzymają atrakcyjną nagrodę. Zwykle, zachęceni komunikatem, wysyłamy odpowiednią wiadomość, co uruchamia lawinę dalszych SMS-ów od organizatora. Są one płatne, o czym właściwie nie jesteśmy informowani w sposób, który jest czytelny dla przeciętnego konsumenta. Cena jest tu zatem tak podana, że wprowadza w błąd, stanowiąc – moim zdaniem – niedozwoloną praktykę rynkową.

³¹ Dz.U. Nr 100, poz. 1081 ze zm.

³² Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.

Jak wspomniano, w licznych przypadkach w błąd wprowadza komunikat reklamowy, na przykład zestawienie dwóch produktów, z których jeden jest wysokiej klasy i z tego względu powinien być drogi, drugi zaś był dość przyjemnym dodatkiem. Niska cena, którą przeciętny konsument mógł łączyć z droгим produktem, *de facto* dotyczyła tego właśnie dodatku, co z reklamy nie wynikało³³.

Omawiając niedozwolone praktyki cenowe, można przywołać zakaz zawarty w art. 16 ust. 4 u.z.n.k., przewidujący, że:

reklama porównawcza związana z ofertą specjalną powinna, w zależności od jej warunków, jasno i jednoznacznie wskazywać datę wygaśnięcia tej oferty lub zawierać informację, że oferta jest ważna do czasu wyczerpania zapasu towarów bądź zaprzestania wykonywania usług, a jeżeli oferta specjalna jeszcze nie obowiązuje, powinna wskazywać również datę, od której specjalna cena lub inne szczególne warunki oferty będą obowiązywały³⁴.

Celem takich akcji jest zachęcenie do skorzystania z oferty, której główną zaletą jest niższa cena. Z tego względu ustawodawca starał się wskazać, jakie są konieczne elementy takiej reklamy³⁵. Ograniczenia te są także wskazówką dla omawianej praktyki.

Zdarza się, że informacje bankowe, szczególnie zawarte w reklamie, są wprowadzające w błąd co do korzyści pieniężnych związanych z określoną ofertą. Nieczytelne wskazanie czasu trwania promocji, realnego oprocentowania za czas lokaty, a nie w skali rocznej, niepełność komunikatu – stanowią podstawowe sposoby mające na celu zachęcenie do skorzystania z oferowanej lokaty, konta, pożyczki itp. Podobna uwaga dotyczy ofert w zakresie sprzedaży nieruchomości; często dopiero z umowy dowiadujemy się, jaka jest rzeczywista cena na przykład metra mieszkania, która z reklamy nie wynikała, ponieważ nie uwzględniono podatku od towarów i usług, niejasno informowano o waloryzacji w trakcie trwania budowy. Charakterystyczny przykład przytacza R. Stefanicki³⁶. Otóż w umowie znalazła się klauzula w brzmieniu: „Cena zwiększy się według procentowego wskaźnika wzrostu cen w budownictwie [...] określonego w opracowaniu »Secocenbud« dla obiektu X”. Wprawdzie poinformowano o możliwej zmianie, ale w sposób, który dla przeciętnego nabywcy jest nie do ustalenia. A przecież zgodnie z zasadami uczciwego obrotu to nie do nabywcy należy obliczanie ceny. Oczywiście, szczególnie w odniesieniu do długoterminowych inwestycji, nie da się z góry określić ceny końcowej, która może ulec zmianie na przykład poprzez działania ustawodawcy czy ruchy cenowe innych przedsiębiorców związane ze zwiększonym zapotrzebowaniem na dane towary (np. zwiększenie podatku VAT). Jednakże takie sytuacje są z góry nie do przewidzenia, stąd odpowiednie postanowienia kontraktowe jas-

³³ Por. bliżej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 256–257.

³⁴ Por. bliżej E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 270.

³⁵ Por. J. Szwaja, w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, s. 550.

³⁶ R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 262.

no powinny wskazać sytuacje, w których do nieprzewidzianych zmian cenowych dojść może.

Kolejno, za niedozwolone uznano – zgodnie z pkt 6 ust. 3 art. 5 ustawy – wprowadzające w błąd praktyki dotyczące:

rodzaju sprzedaży, powodów stosowania przez przedsiębiorcę praktyki rynkowej, oświadczeń i symboli dotyczących bezpośredniego lub pośredniego sponsorowania, informacji dotyczących sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorcy lub jego przedstawiciela, w tym jego imienia i nazwiska (nazwy) i majątku, kwalifikacji, statusu, posiadanych zezwoleń, członkostwa lub powiązań oraz praw własności przemysłowej i intelektualnej lub nagród i wyróżnień.

Jak podkreślono, pojęciu „rodzaj sprzedaży” należy nadać szerokie znaczenie. Wyrażenie to obejmuje na przykład miejsca zawierania umowy, sposób spełnienia świadczeń albo warunków, w jakich odbywa się sprzedaż. Konsument musi zatem zostać wyraźnie poinformowany, czy ma do czynienia z ofertą specjalną (por. art. 16 ust. 4 u.z.n.k.), wyprzedazą, promocją. Często – szczególnie w reklamach – spotykamy się z informacjami niepełnymi, opierającymi się na podkreślanu opcyjności wyboru (w rodzaju: umowa kredytowa z ubezpieczeniem lub bez)³⁷. Wskazywałoby to na wyjątkowość oferty. Tymczasem opcje takie są zwykle w ofertach innych przedsiębiorców także przewidywane, nie jest to zatem szczególna, wyróżniająca cecha dla reklamowanego produktu.

Rynkową pozycję przedsiębiorcy buduje również jego **uczestnictwo w akcjach społecznie korzystnie postrzeganych**, na przykład poprzez sponsorowanie określonych wydarzeń. Szczególnie finansowanie lub współfinansowanie akcji charytatywnych, wspieranie cieszących się zainteresowaniem wydarzeń kulturalnych, sportowych wzbudza zaufanie do sponsora, przekładające się na dokonywane następnie wybory rynkowe. Niezgodne z prawdą, wprowadzające w błąd oświadczenia w tym zakresie oczywiście mogą zakłócić podejmowanie prawidłowych decyzji ekonomicznych przez konsumentów.

Niedozwolony skutek może wywołać kolejna wskazana przywołanym powyżej przepisem praktyka, tj. rozpowszechnianie „informacji dotyczących sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorcy lub jego przedstawiciela, w tym jego imienia i nazwiska (nazwy) i majątku, kwalifikacji”. Zakaz ten jest zbliżony do deliktu ujętego w art. 14 ust. 2 u.z.n.k., w postaci rozpowszechniania nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji, w szczególności o „osobach kierujących przedsiębiorstwem” czy o „sytuacji gospodarczej lub prawnej” przedsiębiorstwa. Z tego względu prowadzone na gruncie tego przepisu rozważania będą aktualne i w odniesieniu do omawianej praktyki³⁸. Na szczególną uwagę zasługuje wpro-

³⁷ Por. także R. Poździk, *Praktyki banków naruszające interesy konsumentów na przykładzie kart kredytowych*, EPS 2008, nr 3, s. 13 i n.

³⁸ Por. bliżej M. Kępiński, w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwejla, Warszawa 2006, s. 548 i n.; E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 146 i n.

wadzenie w błąd w zakresie kwalifikacji, na przykład posługiwanie się w obrocie tytułem doktora, który się *de facto* posiada, tyle że w dziedzinie zupełnie niezwiązanej z prowadzoną działalnością gospodarczą (np. doktor filozofii zatrudniony w sklepie oferującym zdrową żywność).

Omawiana praktyka obejmuje zakazem także posługiwanie się w obrocie w sposób wprowadzający w błąd prawami własności przemysłowej. I tak, umieszczenie literki „R” przy znaku towarowym zgodnie z przepisami jest dozwolone wówczas, gdy znak taki jest formalnie chroniony odpowiednią decyzją Urzędu Patentowego. Podobnie ogólna informacja, że produkcja objęta jest patentem, nie będzie dozwolona, gdy tylko część z nich w ten sposób jest chroniona, a więc stanowi wynalazek spełniający rygorystyczne przesłanki ochronne, wskazane w prawie własności przemysłowej.

Analiza omawianej grupy przepisów prowadzi do wniosku, że po pierwsze – dokonując oceny w konkretnym przypadku, niekiedy nie możemy się ograniczyć do jednej praktyki, ponieważ działanie przedsiębiorcy spełnia znamiona kilku czynów niedozwolonych. W związku z tym, konsument, dochodząc odpowiednich roszczeń, powinien tę wskazówkę uwzględniać i odpowiednio przywołać dowody. Po drugie, w każdym przypadku najważniejsze jest zbudowanie modelu przeciętnego uczestnika danego rynku asortymentowego, bowiem to jego percepcja będzie decydowała o tym, czy dana praktyka rynkowa wyrzuci może wprowadzający w błąd skutek. I po trzecie, nie można zapominać, że negatywnej ocenie podlega ta spośród nich, która realizuje przesłanki wskazane w art. 3 ustawy, a więc musi mieć zdolność **wpływania w sposób istotny na rynkowe decyzje modelowego uczestnika rynku**.

Zadanie to ułatwić ma ust. 4 art. 5 u.p.n.p.r., zgodnie z którym: „przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez działanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji”. Tak więc w konkretnym przypadku badaniu podlegają „wszystkie elementy” danej praktyki, „okoliczności związane z wprowadzaniem produktu na rynek” oraz „sposób jego prezentacji”. Nie jest to proste, zważywszy, że oceny muszą uwzględniać szerokie spektrum gospodarcze, całą „otoczkę” marketingową produktu, zwyczaje rynkowe, zachowania psychologiczne nabywców.

3. Wprowadzające w błąd zaniechania

Wzorem dyrektywy, ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dzieli praktyki wprowadzających w błąd na **działania** i **zaniechania**. W polskim systemie prawa konkurencji jest to pierwsze tak wyraźne wskazanie na różne możliwości zakłócenia pożądanego równowagi rynkowej. Nie oznacza to, że zaniechania nie mogły być traktowane jako delikt w świetle postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim w art. 10 wprost

wskazano, że **brak** oznaczenia towaru lub usługi stanowi czyn niedozwolony. Z pewnością wiele spośród wymienionych w art. 6 zaniechań można by uznać za delikt w postaci naruszenia dobrych obyczajów. Aktualnie, wobec omawianej regulacji zawartej w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym odpowiednia interpretacja na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być znacznie łatwiejsza.

Niedozwolone zaniechanie definiuje art. 6 ust. 1 w następujący sposób:

Praktykę rynkową uznaje się za zaniechanie wprowadzające w błąd, jeżeli pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Kluczem do skutecznego postawienia zarzutu zaniechania jest „istotność” treści pominiętej informacji dla konsumenckiego procesu decyzyjnego. Oczywiście chodzi o przeciętnego konsumenta, a nie o nabywcę, który szuka ochrony w konkretnych warunkach obrotu. Pomocniczo sięgnąć należy do lit. e art. 2 dyrektywy (przepis definicyjny), w którym wskazano, że:

istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął.

Zasadniczo ustawowe rozwiązanie powiela przywołany przepis unijny. Jednakże znajdujemy tu istotną wskazówkę w postaci „**znacznego ograniczenia**” możliwości podjęcia przez przeciętnego konsumenta prawidłowej decyzji ekonomicznej. Jest to kolejny przepis chroniący konsumenta na etapie **podejmowania decyzji** (art. 6 ust. 2)³⁹. Wcześniejszy czas, obejmujący **zaproszenie do nabycia produktu**, chroni ust. 4 tego artykułu.

W kolejnych postanowieniach przybliżono ujęte w cytowanym przepisie praktyki, wskazując:

2. W razie wątpliwości za istotne informacje, o których mowa w ust. 1, uważa się informacje, które przedsiębiorca stosujący praktykę rynkową jest obowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów.
3. Wprowadzającym w błąd zaniechaniem może być w szczególności:
 - 1) zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu;
 - 2) nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.
4. W przypadku propozycji nabycia produktu, za istotne informacje, o których mowa w ust. 1, uznaje się w szczególności:

³⁹ Por. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 146.

- 1) istotne cechy produktu w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka komunikowania się z konsumentami i produktu;
 - 2) imię, nazwisko (nazwę) i adres przedsiębiorcy (siedzibę) oraz przedsiębiorcy, na którego rzecz działa;
 - 3) cenę uwzględniającą podatki lub, w przypadku gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana, jak również wszelkie dodatkowe opłaty za transport, dostawę lub usługi pocztowe lub, w sytuacji gdy wcześniejsze obliczenie tych opłat nie jest w sposób racjonalny możliwe, informację o możliwości powstania takich dodatkowych kosztów;
 - 4) uzgodnienia dotyczące sposobu płatności, dostawy lub wykonania produktu oraz procedury rozpatrywania reklamacji;
 - 5) informacje o istnieniu prawa do odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy, jeżeli prawo takie wynika z ustawy lub umowy.
5. Przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez zaniechanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji.
6. W przypadku gdy ze specyfiki środka komunikowania się z konsumentami stosowanego dla danej praktyki rynkowej wynikają ograniczenia przestrzenne lub czasowe, ograniczenia te i wszystkie środki podjęte przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób uwzględnia się przy ocenie, czy doszło do pominięcia informacji.

Poniżej kolejno zostaną przybliżone ujęte w przepisie niedozwolone zaniechania z zastrzeżeniem, że jeśli pokrywają się z odpowiednimi działaniami, nie zostaną ponownie omówione.

Jak wspomniano, w ust. 1 art. 6 zdefiniowano praktyki, o których mowa. Generalnie niedozwolone zaniechanie polegać ma na pominięciu **istotnych** informacji, niezbędnych w rynkowym procesie decyzyjnym. Ze względu na treść art. 4 ustawy oczywiste jest, iż informacje te muszą mieć taki „ciężar gatunkowy”, aby sterować wyborem dokonywanym przez konsumenta⁴⁰. Nieostry termin „istotne informacje” ustawodawca stara się przykładowo przybliżyć w kolejnych przepisach omawianego artykułu. Za takie uznano informacje, które przedsiębiorca jest **zobowiązany** udzielić nabywcom ust. 2 art. 6 ustawy. Odpowiedni obowiązek może wynikać przede wszystkim z przepisów prawnych lub z treści zawartej umowy⁴¹. Podstawy negatywnej oceny omawianego zaniechania są zatem wyraźnie wskazane.

W przepisie ust. 3 art. 6 ustawy wymieniono przykładowo te praktyki (zaniechania), które ustawodawca – wzorem dyrektywy – uznał za spełniające warunki niedozwolonego wprowadzania w błąd. I tak, jako taką wskazano praktykę polegającą na „zatajeniu lub nieprzekazaniu w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu”. Zaniechanie, o którym mowa, polega na świadomej decyzji przedsiębiorcy – „zatajenie” – oraz na zapewne nie do końca kontrolowanym wprawdzie podaniu (działanie!) istotnych informacji,

⁴⁰ Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 299; R. Skubisz, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, s. 691.

⁴¹ Por. przykłady wskazane przez M. Sieradzką, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 147–148.

jednakże w sposób, który nie może zostać właściwie odczytany przez przeciętnego konsumenta. Przykładem może tu być szereg komunikatów przesyłanych przez organizatorów różnego rodzaju loterii, w których mogą uczestniczyć posiadacze telefonu komórkowego. Dowiadują się na przykład, że pieniądze są już zapakowane, a o ich przesłaniu zadecyduje kolejny SMS. Jest to mianowicie informacja „niejasna lub niejednoznaczna”. Konfuzja może zostać wywołana także przez prawidłowe podanie jej treści, jednak dotrze ona do nabywcy po czasie, tj. po podjęciu decyzji dotyczącej umowy, której by nie podjął, gdyby znał jej treść. W literaturze podkreśla się, że niekiedy nadmiar informacji może wywołać chaos informacyjny u konsumenta, który może nie umieć „wyłowić” spośród nich tych komunikatów, które są istotne⁴². Na przedsiębiorcy spoczywa zatem odpowiedzialność zarówno za odpowiedni dobór „istotnych” informacji, jak i przekazanie ich w sposób zrozumiały dla przeciętnego konsumenta w określonych warunkach obrotu.

Niedozwolony skutek może wywołać także posługiwanie się obcojęzycznymi zwrotami lub narzucenie konsumentowi języka kontraktu, którego nie może zrozumieć prawidłowo.

Kolejno w pkt 2 ust. 3 art. 6 ustawy wymieniono „nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął”. Jest to kolejny zakaz, służący ochronie tak istotnej dla uczciwej konkurencji i dla konsumentów zasady, za którą uznać należy transparentność działań rynkowych⁴³. Ukrycie rynkowego celu ma niekiedy podstawowy wpływ na decyzje konsumenta. Zwabiony podstępnie może nie skorygować prawidłowości podejmowanej decyzji rynkowej.

Za praktykę niedozwoloną w każdym razie należy uznać **ukrytą reklamę** czy zamieszczanie w sponsorowanych audycjach telewizyjnych lub radiowych (serialach) **towarów** sponsora⁴⁴. Zresztą zasadniczo nie wchodzi ona w zakres omawianego przepisu, ponieważ stanowi praktykę „czarną” (art. 7 pkt 11 ustawy) i jako taka nie może być usprawiedliwiona żadnymi okolicznościami. Do grupy tej, jak się wydaje, można zaliczyć na przykład informację o charytatywnym celu, jaki dana praktyka ma realizować, podczas gdy na takie cele ma być przeznaczona tylko część zysku.

W literaturze wskazuje się, że za niedozwolone w świetle omawianego przepisu należy uznać nadawanie różnego rodzaju przesyłkom charakteru korespondencji prywatnej, na przykład poprzez familiarne zwracanie się do adresata (zdrobnieniami imion), przyznawanie szczególnych wyróżnień itp.⁴⁵

⁴² Por. A. Tischner, *Model przeciętnego konsumenta w prawie europejskim*, KPP 2006, z. 1, s. 243.

⁴³ Por. bliżej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 290 i n.

⁴⁴ Por. M. Namysłowska, K. Sztobryn, *Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych*, PiP 2008, z. 11, s. 52 oraz uwagi zamieszczone w tym opracowaniu.

⁴⁵ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 312–313 oraz art. 7 pkt 2 ustawy.

Kolejny, ust. 4 art. 6 ustawy, dotyczy tak istotnej kwestii, jaką dla konsumenta jest etap przedumowny, określony jako „**propozycja nabycia produktu**”. Została zdefiniowana w art. 2 pkt 6 ustawy w następujący sposób:

rozumie się przez to informację handlową określającą cechy produktu oraz jego cenę, w sposób właściwy dla użytego środka komunikowania się z konsumentami, która bezpośrednio wpływa bądź może wpływać na podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy.

W polskim systemie prawnym propozycje takie zwykle znajdujemy w ofertach (art. 66 k.c.) oraz w różnego rodzaju zaproszeniach do zawarcia umowy, takich jak ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne (art. 71 k.c.). W art. 7 ust. 4 dyrektywy przewidziano, iż:

w przypadku zaproszenia do dokonania zakupu za istotne uważa się następujące informacje, jeżeli nie wynikają one jasno z kontekstu: a) istotne cechy produktu, w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka przekazu i produktu; b) adres i tożsamość przedsiębiorcy, np. nazwa firmy i, w stosownych przypadkach, adres i tożsamość przedsiębiorcy, na rzecz którego działa; c) cena wraz z podatkami lub w przypadku, gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana, jak również w odpowiednich przypadkach wszelkie dodatkowe opłaty za transport, dostawę lub usługi pocztowe lub w sytuacji, gdy wcześniejsze obliczenie tych opłat nie jest w sposób racjonalny możliwe, informacja o możliwości powstania takich dodatkowych kosztów; d) uzgodnienia dotyczące sposobu płatności, dostawy lub wykonania oraz procedury rozpatrywania reklamacji, jeżeli odbiegają one od wymogów staranności zawodowej; e) w odniesieniu do produktów i transakcji obejmujących prawo odstąpienia lub unieważnienia, istnienie takiego prawa.

W art. 2 lit. i dyrektywy zdefiniowano „zaproszenie do dokonania zakupu”, uznając, że: „oznacza komunikat handlowy, który określa cechy produktu i jego cenę w sposób właściwy dla użytego środka komunikacji handlowej i umożliwia w ten sposób konsumentowi dokonanie zakupu”. Zakaz powyższy uzupełniają niedozwolone w każdych okolicznościach praktyki (np. pkt 5 i 6 załącznika nr I). Jak podkreśla się w literaturze, rozwiązania te nie tylko promują, lecz także wymuszają reguły uczciwego zawierania umów⁴⁶.

Wracając do rozwiązań krajowych, ustawodawca przyjął inną od kodeksowej terminologię, co wskazuje na częściową chociaż odmienną regulacji⁴⁷. Nie oznacza to, że nie możemy korzystać z dorobku opartego na wskazanych przepisach kodeksu cywilnego, jednakże omawiane postanowienia ustawy wymagają uzupełniającej interpretacji, jeśli takie będą okoliczności konkretnego przypadku. Przede wszystkim stosowne oceny muszą uwzględniać percepcję przeciętnego konsumenta i warunki obrotu wskazujące na możliwość wywołania wprowadzającego w błąd skutku.

⁴⁶ R. Stefanicki, *Nieuczciwe praktyki handlowe w świetle prawodawstwa Unii Europejskiej – dyrektywa 2005/29/WE*, Warszawa 2007, s. 184 i n.

⁴⁷ Inaczej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 178.

Propozycje niedozwolone mogą znajdować się w różnego rodzaju sposobach komunikacji: od reklamy, przez ekspozycję towaru, po informację umieszczoną wprost na towarze. Zgodnie z definicją zaniechania, w „propozycji” **nie zostały zamieszczone informacje istotne**, a w szczególności te, o których mowa w dalszej części przepisu⁴⁸.

Jak się wydaje, w świetle omawianego postanowienia najwięcej niedozwolonych zaniechań znajdziemy w reklamie. Także w odniesieniu do tej praktyki brakuje zastrzeżenia, jakie znajdujemy w art. 5 ust. 3 *in fine* dyrektywy, w którym wskazano, że „powszechna i zgodna z prawem jest praktyka reklamowa polegająca na wygłaszaniu przesadzonych twierdzeń lub twierdzeń, których nie należy rozumieć dosłownie”. Pewne zalecenie możemy w tej mierze odczytać z treści pkt 1 ust. 4 art. 6 ustawy, który nakazuje oceniać zaniechanie dotyczące istotnych cech produktu, uwzględniając właściwości środka komunikacji, podkreślone w ust. 6 art. 6 ustawy.

Niewątpliwie, obok istotnych cech produktu, o których mowa w pkt 1 ust. 4 omawianego artykułu, dla konsumenta podstawową wagę ma – omawiana już – informacja cenowa. Za niedozwolone uznano zatem zaniechanie obejmujące:

cenę uwzględniającą podatki lub, w przypadku gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana, jak również wszelkie dodatkowe opłaty za transport, dostawę lub usługi pocztowe lub, w sytuacji gdy wcześniejsze obliczenie tych opłat nie jest w sposób racjonalny możliwe, informację o możliwości powstania takich dodatkowych kosztów.

Cena stanowi zwykle podstawową „przynętę” dla nabywcy. Przypomnę, że choćby z tego względu wprowadzenie w błąd działaniem zostało uznane za niedozwolone (art. 5 ust. 3 pkt 5 ustawy). W porównaniu jednak z ostatnio wskazaną regulacją, odpowiednie zaniechanie jest uregulowane znacznie bardziej szczegółowo, stanowiąc obowiązkową informację, której zaniechanie jest niedozwolone. Na ten przepis szczególną uwagę powinni zwrócić przedsiębiorcy oferujący przeloty odpowiednimi liniami⁴⁹ oraz bankowcy zachwalający kolejne kredyty, pożyczki, „darmowe” konta.

Z omawianą powyżej praktyką łączy się bezpośrednio kolejna, wskazana w pkt 3 ust. 3 art. 6 ustawy, polegająca na zaniechaniu podania istotnych informacji na etapie propozycji nabycia produktu, w zakresie „uzgodnień dotyczących sposobu płatności, dostawy lub wykonania produktu oraz procedury rozpatrywania reklamacji”. Szczególnie sposób płatności jest dla konsumenta ważny, wpływający w wielu przypadkach na podjęcie decyzji rynkowej⁵⁰. Podobna uwaga dotyczy sposobu dostawy, zwłaszcza gdy z odpowiednich anonsów konsument może powziąć wiadomość, że jest to usługa bezpłatna.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 322 i n.

⁴⁹ Por. bliżej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 328 i n.

⁵⁰ Por. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 159.

Do zniekształcenia decyzji konsumenckich dojść może także poprzez nieotrzymanie prawidłowych informacji dotyczących „istnienia prawa do odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy, jeżeli prawo takie wynika z ustawy lub umowy” (pkt 5 ust. 4 art. 6 ustawy). Wskazane cytowanym przepisem uprawnienia mają dla konsumenta podstawowe znaczenie, szczególnie w sytuacji zawierania umów na odległość, w których nabywany towar można dokładnie obejrzeć zasadniczo dopiero po jego nabyciu. W tym przypadku, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny⁵¹, informacje o możliwości odstąpienia od umowy w ciągu 10 dni od jej zawarcia konsument musi otrzymać na piśmie we właściwym czasie, a więc najpóźniej z chwilą przystąpienia do umowy.

Kolejny, ust. 5 art. 6 ustawy, podobnie jak czyni to ust. 4 art. 5, nakazuje uwzględnić przy dokonywaniu stosownych ocen „wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji”. Jest to zalecenie oczywiste, zważywszy na to, że wskazane w przepisie art. 6 zaniechania nie są zabronione *per se*, a zatem niekiedy można je usprawiedliwić okolicznościami związanymi z wprowadzaniem produktu na rynek, a więc rodzaj produktu, zastosowany środek kontaktu z nabywcą, sposób prezentacji, modelu uczestnika danego segmentu rynku i inne.

Zgodnie z ust. 6 art. 6, w przypadku gdy ze specyfiki „środka komunikowania się z konsumentami stosowanego dla danej praktyki rynkowej wynikają ograniczenia przestrzenne lub czasowe, ograniczenia te i wszystkie środki podjęte przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób uwzględnia się przy ocenie, czy doszło do pominięcia informacji”.

Powyższa regulacja ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym kieruje uwagę w szczególności na specyfikę związaną z reklamą rozpowszechnianą w rozmaity sposób i za pośrednictwem rozmaitych środków przekazu. Obliguje to organy orzekające do starannego badania możliwości wpływania na zachowania rynkowe konsumentów niepodania określonej informacji w wybranym do komunikacji rynkowej przez przedsiębiorcę medium rynkowej komunikacji.

4. Praktyki niedozwolone w każdych okolicznościach

Nieco inaczej aniżeli uczynił to ustawodawca unijny (załącznik I do dyrektywy), wprost do tekstu krajowej ustawy włączono listę niedozwolonych w każdych okolicznościach praktyk, a więc praktyk, które żadnymi okolicznościami nie mogą być usprawiedliwione – tzw. czarna lista, którą w odniesieniu do praktyk wprowadzających w błąd zawiera art. 7 ustawy. Stwierdzenie zatem, że miały one miejsce, oznacza, że nie musi się badać, czy spełnione zostały przesłanki art. 4 ustawy, tj. nie bada się ich nieuczciwości. Zaliczono do nich:

⁵¹ Dz.U. Nr 22, poz. 271 ze zm.

- 1) podawanie przez przedsiębiorcę informacji, że zobowiązał się on do przestrzegania kodeksu dobrych praktyk, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
- 2) posługiwanie się certyfikatem, znakiem jakości lub równorzędnym oznaczeniem, nie mając do tego uprawnienia;
- 3) twierdzenie, że kodeks dobrych praktyk został zatwierdzony przez organ publiczny lub inny organ, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
- 4) twierdzenie, że:
 - a) przedsiębiorca uzyskał stosowne uprawnienie od organu publicznego lub podmiotu prywatnego,
 - b) praktyki rynkowe lub produkt zostały zatwierdzone, zaaprobowane lub uzyskały inne stosowne uprawnienie od organu publicznego lub podmiotu prywatnego – przy jednoczesnym niespełnieniu warunków zatwierdzenia, aprobaty lub warunków niezbędnych do uzyskania innego stosownego uprawnienia;
- 5) reklama przynęta, która polega na propozycji nabycia produktu po określonej cenie, bez ujawniania, że przedsiębiorca może mieć uzasadnione podstawy, aby sądzić, że nie będzie w stanie dostarczyć lub zamówić u innego przedsiębiorcy dostawy tych lub równorzędnych produktów po takiej cenie, przez taki okres i w takich ilościach, jakie są uzasadnione, biorąc pod uwagę produkt, zakres reklamy produktu i oferowaną cenę;
- 6) reklama przynęta i zamiana, która polega na propozycji nabycia produktu po określonej cenie, a następnie odmowie pokazania konsumentom reklamowanego produktu lub odmowie przyjęcia zamówień na produkt lub dostarczenia go w racjonalnym terminie lub demonstrowaniu wadliwej próbki produktu, z zamiarem promowania innego produktu;
- 7) twierdzenie, że produkt będzie dostępny jedynie przez bardzo ograniczony czas lub że będzie on dostępny na określonych warunkach przez bardzo ograniczony czas, jeżeli jest to niezgodne z prawdą, w celu nakłonienia konsumenta do podjęcia natychmiastowej decyzji dotyczącej umowy i pozbawienia go możliwości świadomego wyboru produktu;
- 8) zobowiązanie się do zapewnienia usług serwisowych konsumentom, z którymi przedsiębiorca przed zawarciem umowy komunikował się w języku niebędącym językiem urzędowym państwa członkowskiego, na którego terytorium przedsiębiorca ma swoją siedzibę, a następnie udostępnienie takich usług jedynie w innym języku, bez wyraźnego poinformowania o tym konsumenta przed zawarciem przez niego umowy;
- 9) twierdzenie lub wywoływanie wrażenia, że sprzedaż produktu jest zgodna z prawem, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
- 10) prezentowanie uprawnień przysługujących konsumentom z mocy prawa, jako cechy wyróżniającej ofertę przedsiębiorcy;
- 11) kryptoreklama, która polega na wykorzystywaniu treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu, w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów, lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta;
- 12) przedstawianie niezrzetelnych informacji dotyczących rodzaju i stopnia ryzyka, na jakie będzie narażone bezpieczeństwo osobiste konsumenta lub jego rodziny, w przypadku gdy nie nabędzie produktu;
- 13) reklamowanie produktu podobnego do produktu innego przedsiębiorcy w sposób celowo sugerujący konsumentowi, że produkt ten został wykonany przez tego samego przedsiębiorcę, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
- 14) zakładanie, prowadzenie lub propagowanie systemów promocyjnych typu piramida, w ramach których konsument wykonuje świadczenie w zamian za możliwość otrzymania korzyści materialnych, które są uzależnione przede wszystkim od wprowadzenia innych konsumentów do systemu, a nie od sprzedaży lub konsumpcji produktów;

- 15) twierdzenie, że przedsiębiorca wkrótce zakończy działalność lub zmieni miejsce jej wykonywania, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
- 16) twierdzenie, że nabycie produktu jest w stanie zwiększyć szansę na wygraną w grach losowych;
- 17) twierdzenie, że produkt jest w stanie leczyć choroby, zaburzenia lub wady rozwojowe, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
- 18) przekazywanie nierzetelnych informacji dotyczących warunków rynkowych lub dostępności produktu, z zamiarem nakłonienia konsumenta do zakupu produktu na warunkach mniej korzystnych niż warunki rynkowe;
- 19) twierdzenie, w ramach praktyki rynkowej, że organizowany jest konkurs lub promocja z nagrodami, a następnie nieprzyznanie opisanych nagród lub ich odpowiedniego ekwiwalentu;
- 20) prezentowanie produktu jako „gratis”, „darmowy”, „bezpłatny” lub w podobny sposób, jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek należność, z wyjątkiem bezpośrednich kosztów związanych z odpowiedzią na praktykę rynkową, odbiorem lub dostarczeniem produktu;
- 21) umieszczanie w materiałach marketingowych faktury lub podobnego dokumentu, sugerującego obowiązek zapłaty, który wywołuje u konsumenta wrażenie, że już zamówił reklamowany produkt, mimo że tego nie zrobił;
- 22) twierdzenie lub stwarzanie wrażenia, że sprzedawca nie działa w celu związanym z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, lub podawanie się za konsumenta, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
- 23) wywoływanie u konsumenta wrażenia, że usługi serwisowe dotyczące danego produktu są dostępne w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie, w którym produkt ten został sprzedany, jeżeli jest to niezgodne z prawdą.

Jak widzimy, wymienione zostały 23 praktyki, stanowiące swoiste *numerus clausus* ustawy. Poniżej, w koniecznym skrócie, zostaną one omówione w kolejności ich wymienienia w przywołanym przepisie, z zastrzeżeniem, że pominięte zostaną te, które są oczywiste.

Niezgodne z prawdą powoływanie się przez przedsiębiorcę na fakt, że zobowiązał się do **przestrzegania** kodeksu dobrych praktyk, zostało uznane za mające niewątpliwie wpływ na decyzje rynkowe konsumentów. Rozwiązanie krajowe powieła odpowiednią regulację unijną. Wskazać należy, że ta ostatnia zawiera definicję takich kodeksów w art. 2 lit. f. Są to mianowicie:

umowy lub zbiory zasad nie wymagane na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych Państw Członkowskich, które definiują postępowanie przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do przestrzegania kodeksu w odniesieniu do jednej lub większej liczby określonych praktyk handlowych lub sektorów działalności gospodarczej.

Na marginesie, odpowiednia zakazana praktyka, zawarta w aneksie do dyrektywy, polega na podawaniu przez przedsiębiorcę, że jest **sygnatariuszem** kodeksu postępowania, gdy jest to niezgodne z rzeczywistością.

Polskiemu konsumentowi kodeksy takie są znane, a w każdym razie powinny być znane, gdyż zwykle przedsiębiorcy starają się na nie powoływać w działalności promocyjnej. Uważają bowiem, że zwiększa to zaufanie do nich, co może wpłynąć na dokonywane wybory rynkowe.

Niedozwolona praktyka, o której mowa, znajduje swój odpowiednik w art. 5 ust. 2 pkt 4 ustawy. Przepis ten za wprowadzające w błąd działanie uznaje podawanie przez przedsiębiorcę, że jest **związany** kodeksem, gdy w rzeczywistości nie jest to informacja prawdziwa. Praktyka ta jest dość łatwa do sprawdzenia, podobnie jak i dwa kolejne przypadki wymienione we wskazanym przepisie ustawy⁵².

Nieco więcej wątpliwości budzą pkt 5 i 6 art. 7 ustawy, odnoszące się do nienazwanej dotąd wyraźnie polskiemu systemowi praktyki, w postaci **reklamy przynęty i reklamy przynęty i zamiany**. Przypomnę, że w świetle pierwszej ze wskazanych regulacji:

reklama przynęta [...] polega na propozycji nabycia produktu po określonej cenie, bez ujawniania, że przedsiębiorca może mieć uzasadnione podstawy, aby sądzić, że nie będzie w stanie dostarczyć lub zamówić u innego przedsiębiorcy dostawy tych lub równorzędnych produktów po takiej cenie, przez taki okres i w takich ilościach, jakie są uzasadnione, biorąc pod uwagę produkt, zakres reklamy produktu i oferowaną cenę.

Nieco inaczej zakaz ten został uregulowany w dyrektywie (załącznik I pkt 5 i 6). Zgodnie z tymi przepisami:

- 5) Zaproszenie do dokonania zakupu produktów po określonej cenie bez ujawniania, że przedsiębiorca ma uzasadnione podstawy, aby sądzić, że nie będzie w stanie zaoferować dostawy lub zamówić u innego przedsiębiorcy dostawy tych lub równorzędnych produktów po takiej cenie, przez taki okres i w takich ilościach, jakie są uzasadnione, biorąc pod uwagę produkt, zakres reklamy produktu i oferowaną cenę („reklama przynęta”).
- 6) Zaproszenie do dokonania zakupu produktów po określonej cenie, a następnie:
 - a) odmowa pokazania konsumentom reklamowanego produktu;
 - lub
 - b) odmowa przyjęcia zamówień na artykuł lub dostarczenia go w racjonalnym terminie;
 - lub
 - c) demonstrowanie wadliwej próbki produktu;
 z zamiarem promowania innego produktu („przynęta i zamiana”).

Jak widzimy, wprost skierowano uwagę na etap, na którym dochodzi do niedozwolonych działań, jest to mianowicie „**zaproszenie do dokonania zakupu**”, określone *in fine* jako „reklama przynęta” i „reklama przynęta i zamiana”⁵³. Dalsza część omawianych regulacji jest zbieżna.

Ustawodawca krajowy zdefiniował zatem takie działania, równocześnie pozostawiając szeroki margines swobody w dokonywaniu stosownych ocen. Także i ten przepis będzie dostarczał wielu możliwości jego różnych interpretacji, szczególnie jeśli chodzi o zwrot dotyczący ocen dokonywanych przez przedsiębiorcę („przedsiębiorca może mieć uzasadnione podstawy”). Pomocne zapewne będzie

⁵² Por. bliżej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 367 i n.; M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 169 i n.

⁵³ Por. R. Stefanicki, *Nieuczciwe praktyki...*, s. 211 i n.

sięganie do określonych w dyrektywie wymogów dotyczących wymaganego od nich poziomu staranności zawodowej – art. 2 pkt h w brzmieniu:

„staranność zawodowa” oznacza standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności.

Jak wspomniano, zarówno reklama przynęta, jak i reklama przynęta i zamiana dotyczą okresu **sprzed zawarcia umowy**, kiedy to na podstawie wprowadzającej w błąd informacji, dotyczącej ceny, okresu dostępności, w tym ilości tego lub równorzędnego produktu, konsument podejmuje decyzję co do jego nabycia. Raz jeszcze zatem ustawodawca podkreślił znaczenie informacji zawartych w reklamie: są one mianowicie dla przedsiębiorcy **wiążące**. Omawiana praktyka nie musi doprowadzić do dokonania zakupu, ponieważ niekiedy nie będzie takiej możliwości, a mianowicie wówczas, gdy przedsiębiorca nie dysponuje odpowiednią ilością produktu dla zaspokojenia wzbudzonego reklamą zainteresowania nim. W tym zakresie powinien on dokonać **wstępnych ocen**, zanim rozpowszechni reklamę przynętę, **„biorąc pod uwagę produkt, zakres reklamy produktu i oferowaną cenę”**. Musi więc dysponować odpowiednią wiedzą tak, aby w razie ewentualnego procesu wykazać, że na tym etapie działań rynkowych dochował staranności zawodowej.

Zawarta w pkt 6 art. 7 ustawy niedozwolona praktyka zasadza się na zakazie podobnym do powyższego, jednakże w odmiennych nieco warunkach rynkowych. Przypomnę, że zgodnie z tym przepisem:

reklama przynęta i zamiana, która polega na propozycji nabycia produktu po określonej cenie, a następnie odmowie pokazania konsumentom reklamowanego produktu lub odmowie przyjęcia zamówień na produkt lub dostarczenia go w racjonalnym terminie lub demonstrowaniu wadliwej próbki produktu, z zamiarem promowania innego produktu.

Jak widzimy, zasadniczym celem przedsiębiorcy jest tu **promowanie innego** aniżeli reklamowany produktu (przynęta i zamiana). Dla jego osiągnięcia wabi on konsumentów poprzez cenę (korzystną) reklamowanej oferty, której nie zamierza zrealizować. Naganny jest tu zatem fakt prowadzenia reklamy w innym celu aniżeli promocja produktu, do którego zakupu dojść nie może, gdyż przedsiębiorca odmawia jego pokazania, przyjęcia zamówienia, dostarczenia go „w racjonalnym terminie”. Jeśli chodzi o „inny produkt”, to może to być produkt zarówno rodzajowo tożsamy, jak i odmienny. Przepis kwestii tej wyraźnie nie przesądza.

In fine omawianego przepisu, jako kolejną przesłankę negatywną wskazano „demonstrowanie wadliwej próbki”. Próbki którego z produktów? Reklamowanego czy tego, który jest przedmiotem zamiany? Ze zwrotu tego wynika, że chodzi raczej o próbkę reklamowanego towaru. Musi ją cechować bliżej nieokreślona „wadliwość”. Może ona dotyczyć bądź tego, że „wada” jest okoliczność, że próbka nie odpowiada produktowi „zamiennemu”, bądź – to zapewne jest prawidłowa

interpretacja, że jakość czy inne jej walory nie odpowiadają produktowi rzeczywiście promowanemu.

„Czarna” praktyka wskazana w pkt 7 art. 7 ustawy to zakaz wywierania nacisku psychicznego na konsumenta w postaci twierdzenia, że produkt jest dostępny w „bardzo ograniczonym czasie” lub na „określonych warunkach przez bardzo ograniczony czas”, jeśli jest to niezgodne z prawdą. Nieuczciwy zamiar przedsiębiorcy jest tu oczywisty, zwykłą bowiem cechą jest chęć skorzystania z oferty, jeśli ma się informację, że może ona zniknąć z rynku lub mogą zmienić się warunki nabycia produktu, oczywiście na gorsze.

W pkt 8 i 9 omawianego artykułu wskazane są dość oczywiste, niedozwolone praktyki, niewymagające przybliżenia⁵⁴.

Kilka słów o zakazie zawartym w pkt 10 art. 7 ustawy. Zgodnie z nim nieuczciwą praktyką rynkową jest „prezentowanie uprawnień przysługujących konsumentom z mocy prawa, jako cechy wyróżniającej ofertę przedsiębiorcy”. Jest to także oczywisty czyn niedozwolony, gdyż jeśli ustawodawca nakłada na przedsiębiorcę jakieś obowiązki, to obejmują one **wszystkich**, którzy funkcjonują w danym sektorze gospodarki. Nie jest zatem dozwolone wabienie konsumentów poprzez wskazanie jako wyróżniającej cechy, która jest przymiotem wielu.

Kolejną praktyką niedozwoloną w każdych okolicznościach jest „kryptoreklama, która polega na wykorzystywaniu treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu w sytuacji, gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów, lub z dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta” (pkt 11 art. 7 ustawy). Przepis ten przejmuje treść pkt 11 załącznika I do dyrektywy, właściwie w niezmienionej formie. Jest to także nawiązanie do art. 6 ust. 3 pkt 2 u.p.n.p.r., zgodnie z którym – przypomnę –

wprowadzającym w błąd zaniechaniem może być w szczególności [...] nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Nie jest to jednak rozwiązanie tożsame z omawianym zakazem, ponieważ za niedozwolone uznaje zaniechanie, zaś praktyka, o której mowa, polega na działaniu (umieszczaniu reklamowanego produktu w treściach publicystycznych).

W systemie prawa polskiego jest to kolejny zakaz dotyczący prowadzenia reklamy **ukrytej** (określenie bardziej prawidłowe od „kryptoreklamy”). Podstawowy znajduje się w pkt 4 ust. 1 art. 16 u.z.n.k. Kolejny to art. 16c ustawy o radiofonii i telewizji. Zgodnie z pierwszym ze wskazanych przepisów, czynem niedozwolonym jest „wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji”. Poniżej kilka uwag dotyczących przywołanej ostatnio regulacji.

⁵⁴ Por. uwagi R. Stefanickiego, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 382 i n.

Przedsiębiorcy zdają sobie sprawę z coraz bardziej zmniejszającej się skuteczności tradycyjnej perswazji rynkowej. Przyzwyczajeni do banalnych treści reklamowych adresaci nie przywiązują większej wagi także do informacyjnego ich celu. Z tego względu reklama przesłana w przesyłce noszącej cechy prywatnego listu zostanie zapewne przeczytana. Informacja o cechach towaru lub usługi (np. artykuły o skuteczności określonych kosmetyków czy opis kolekcji mody, zamieszczone w tzw. damskich pismach) zawarta w materiale pochodzącym od redakcji wzbudzi zaufanie w odróżnieniu od odrębnie oznaczonego przekazu, który zwykle niezbyt starannie, o ile w ogóle, się przegląda. Stale przywoływana przez dziennikarza nazwa produktu czy znak towarowy, będący słowem lub zwrotem powtarzanym w piosence wykonywanej przez znanego artystę, utrwali produkt w świadomości odbiorców, wywołując ponadto zwykle pozytywne skojarzenia przeniesione z osoby wykonawcy. Z tych powodów ukryte oddziaływania promocyjne są chętnie stosowane przez przedsiębiorców przede wszystkim ze względu na swą zwiększoną skuteczność. W związku z tym na przykład reklama ukrywana w filmach to znakomity interes dla wielu firm oraz osób biorących udział w ich realizacji (aktor odtwarzający rolę Jamesa Bonda otrzymał wysokie honorarium za użycie do ulubionego drinka wódki określonej marki). Z reklamą ukrytą mamy do czynienia wówczas, gdy odbiorca odnosi mylne wrażenie, że chodzi nie o przekaz promocyjny, lecz o informację obiektywną, której przedmiotem są towary lub usługi⁵⁵.

Negatywna ocena działań zmierzających do ukrycia reklamy realizuje zasadę przejrzystości poczynąń gospodarczych, która w opisywanym przypadku polega na możliwości odróżnienia przekazów reklamowych od innych, neutralnych komunikatów rynkowych.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. dla postawienia zarzutu niezbędne jest, aby wypowiedź, w której ukryty został przekaz reklamowy, **sprawiła wrażenie neutralnej informacji**. Jest to niewątpliwie przesłanka trudna do wykazania. W zakresie działalności prasowej można mówić, że przekaz został ukryty, gdy nie dotrzymano warunków przewidzianych w przepisach dotyczących obowiązku wyraźnego oddzielania reklam od innych publikacji.

Dla skutecznego postawienia zarzutu na podstawie tego przepisu istotny jest **zamiar ukrycia reklamy**, odpowiednie działanie musi być zatem podjęte celowo⁵⁶. W literaturze wskazano, że jeżeli informacji o towarze lub usłudze towarzyszy niewątpliwa intencja zachęcania do jego nabycia, to jest to przypadek reklamy zakazanej przez art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.⁵⁷ Pogląd ten należy uznać za słuszny, z zastrzeżeniem, że intencja zachęcania do nabycia powinna być następstwem związku prawnego lub faktycznego, zachodzącego między wypowiadającym się a przedsiębiorcą, będącym producentem towaru czy usługodawcą. Czyn reklamy

⁵⁵ R. Skubisz, w: *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 735; E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 315.

⁵⁶ Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 315.

⁵⁷ Zob. R. Skubisz, w: *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 736.

zakazanej będzie czytelny w razie ustalenia istnienia wzajemnych korzyści. Z tego względu na przykład własne przekonanie dziennikarza, że produkt, o którym mówi, jest godny polecenia, o czym informuje czytelnika (słuchacza, widza), nie jest działaniem nagannym w rozumieniu tego przepisu.

Działania takie podejmuje się nie tylko w prasie (pojęcie to rozumiane szeroko obejmuje więc zarówno prasę drukowaną, jak i media elektroniczne – por. art. 7 ust. 1 pkt 1 prawa prasowego). Odpowiedni skutek zostaje wywołany również przez świadome ukrycie treści reklamowej na przykład w filmie (serialu), książce, imprezie kulturalnej lub piosence⁵⁸. Szczególnym przypadkiem ukrytej reklamy są treści publikowane w Internecie. Marketing „szepcany”, sterowany przez przedsiębiorców, blogi prowadzone przez ich pracowników, „neutralne” wpisy chwalcące określoną ofertę itd.

Jeszcze kilka uwag o tzw. *product placement*, czyli o lokowaniu produktów⁵⁹. Jest to chętnie stosowany sposób na znalezienie pieniędzy, szczególnie na produkcję filmową, w tym na seriale czy innego rodzaju audycje. Często zatem dostrzegamy „pierwszoplanową” rolę określonej marki samochodu czy urządzenia kuchenne konkretnego producenta, które dominują w audycjach o gotowaniu. Szczególnie starannie prezentowane są znaki towarowe użytych w filmach alkoholi itd. Odgrywający rolę Jamesa Bonda aktor, po emisji filmu *Śmierć nadejdzie jutro*, został nazwany „Mr Brand” („Pan Marka”), gdyż film przypominał długą reklamówkę. W *Facetach w czerni* eksponowane były okulary marki Ray Ban. Przykłady można mnożyć. Jeśli widz nie zostanie uprzedzony o związkach finansowych zachodzących między przedsiębiorcą rynkowym a producentem filmowym, można uznać, że spełnione zostały przewidziane ustawą przesłanki zakazu prowadzenia reklamy ukrytej, choć dokonywanie konkretnych ocen może być dość trudne, ponieważ przedmioty, które nas otaczają, muszą „grać” w filmach czy sztukach, jeśli dramaturgia scen wymaga ich przedstawienia. Ustalenie, gdzie kończy się swoboda twórcza, a zaczyna ukrywanie przekazów reklamowych, będzie zatem wymagało analizy konkretnych okoliczności, w jakich doszło do lokowania produktu.

Zjawisko to jest w Europie powszechnie dostrzegane i po wielu latach sporów i dyskusji doczekało się unijnej regulacji. Chodzi o dyrektywę 2007/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. o audiowizualnych usługach medialnych, zmieniającą dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (Dz.Urz. UE z 2007 r. L 332/27). W pkt 90 i 91 preambuły czytamy:

⁵⁸ Zob. E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy*, Warszawa 2000, s. 116 i n.; R. Skubisz, w: *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 736–737; E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 315.

⁵⁹ Por. E. Nowińska, *Zwalczanie...*, s. 127 i n.; R. Skubisz, w: *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 739 i n.; E. Nowińska, *Lokowanie produktu*, w: *Prawo mediów*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, A. Matlaka, s. 374.

Niniejsza dyrektywa zakazuje ukrytego handlowego przekazu audiowizualnego, ponieważ ma on negatywny wpływ na konsumentów. Zakaz ukrytego handlowego przekazu audiowizualnego nie powinien dotyczyć przypadków, gdy lokowanie produktu jest dozwolone prawnie w ramach niniejszej dyrektywy – kiedy to widz został odpowiednio poinformowany o zastosowaniu lokowania produktu. Poinformowanie takie może mieć formę zasygnalizowania faktu, że w audycji stosuje się lokowanie produktu, na przykład za pomocą neutralnego symbolu graficznego. Lokowanie produktu jest zabiegiem obserwowanym w utworach kinematograficznych i utworach audiowizualnych produkowanych dla telewizji. W celu zapewnienia równej konkurencji, a przez to zwiększenia konkurencyjności europejskiego sektora mediów, przepisy dotyczące lokowania produktu są konieczne. Definicja lokowania produktu ustalona na mocy niniejszej dyrektywy powinna obejmować dowolną formę handlowego przekazu audiowizualnego polegającą na tym, że w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie w audycji przedstawia się produkt, usługę lub ich znak towarowy lub nawiązuje się do nich tak, iż stanowią one element samej audycji. Bezpłatne dostarczanie towarów lub usług, takich jak rekwizyty lub nagrody, należy traktować jako lokowanie produktu jedynie wtedy, gdy dane towary lub usługi mają znaczną wartość.

Powyższe zalecenia zostały przejęte do polskiej ustawy w nowelizacji, która weszła w życie 23 maja 2011 r. (Dz.U. Nr 85, poz. 459). Aktualnie odpowiedni zakaz zawarty został w art. 4 pkt 2, w brzmieniu:

ukrytym przekazem handlowym jest przedstawianie w audycjach towarów, usług, nazwy, firmy, znaku towarowego lub działalności przedsiębiorcy będącego producentem towaru lub świadczącego usługi, jeżeli zamiarem dostawcy usługi medialnej, w szczególności związanym z wynagrodzeniem lub uzyskaniem innej korzyści, jest osiągnięcie skutku reklamowego oraz możliwe jest wprowadzenie publiczności w błąd co do charakteru przekazu.

Tak zdefiniowana reklama ukryta (ukryty przekaz handlowy) jest zakazana (art. 16c ustawy). Przesłanki uznania danego przekazu za reklamę ukrytą to:

- **zamiar** nadawcy osiągnięcia skutku reklamowego oraz
- **możliwość** wprowadzenia w błąd co do charakteru przekazu.

Zamiar nadawcy ustawodawca przybliży, wskazując, że jest on w szczególności związany z „wynagrodzeniem lub uzyskaniem innej korzyści”.

Powracając do głównego nurtu tej części opracowania, podkreślić należy, że zakaz prowadzenia omawianej praktyki został przewidziany w załączniku I do dyrektywy. Mianowicie, zgodnie z jego pkt 11:

niedozwolone jest wykorzystywanie treści publicystycznej w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu, gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści obrazów lub z dźwięku łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta.

Polskie rozwiązanie przywołane powyżej zasadniczo powiela regulację unijną. Uzupełniając wskazać należy na art. 6 ust. 3 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym:

zaniechaniem wprowadzającym w błąd jest nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może powodować

wać podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Porównując przywołane przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawy o radiofonii i telewizji z zakazem zawartym w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, widzimy istotne różnice (niezależne od użytego zwrotu „kryptoreklama” – „reklama ukryta”). Na wstępie podkreślić należy, że omawiane rozwiązanie zawarte w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dotyczy wszelkich „środków masowego przekazu”, a więc przede wszystkim gazet, radia, telewizji i zapewne określonych komunikatów rozpowszechnianych w Internecie. O masowym charakterze każdego środka decyduje jego upowszechnianie, dostępność. Masowymi środkami stawały się kolejno: XIX wiek – prasa, lata 20. XX w. – film, lata 30. XX w. – radio, lata 50. XX w. – telewizja. W latach 90. XX w. – technologie internetowe. Zapewne zatem wszystkie one będą podlegały ocenie na podstawie tego przepisu.

Na intencję ustawodawcy wskazuje użycie pojęcia „treści publicystyczne”, wyraźnie kierującego nas w stronę szeroko rozumianej „prasy”. „Publicystyka” to zbiorcza nazwa dla gatunków dziennikarskich, w którym autor wypowiada się na tematy aktualne, zaznaczając własne stanowisko⁶⁰. W materiale takim nie tylko omawia się, przedstawia rzeczywistość, ale także ją interpretuje, wpływając w ten sposób na stanowisko odbiorcy. W odpowiednich tekstach (audycjach) stawia się diagnozy, hipotezy, zgłasza postulaty itd. Tematyka takich publikacji to zarówno kwestie polityczne, jak i społeczne, kulturalne czy gospodarcze. Charakter publicystyczny mają na przykład reportaże, felieton, komentarz, esej, wywiady, talk-shows, o ile wyrażają wyraźnie spersonalizowane opinie i interpretacje określonych zjawisk i faktów⁶¹.

Przywołanie w pkt 11 art. 7 ustawy tego właśnie gatunku dziennikarskiego jest – wydaje się – pewnym uproszczeniem, ukryć reklamę można bowiem w każdym materiale umieszczanym w środkach masowego przekazywania (np. w fotografii, wywiadzie, sesji mody itp.) i zapewne taka była intencja ustawodawcy, choć kategoryczny charakter tego zakazu nakazuje interpretować go ściśle, szczególnie kierując się zasadami interpretacji gramatycznej. Podkreślić w związku z tym należy, iż ocena, czy mamy do czynienia z reklamą ukrytą, musi opierać się na starannej analizie treści danego przekazu, z uwzględnieniem kontekstu, w jakim jest rozpowszechniony⁶².

Jeśli zważyć na zasady rozpowszechniania reklamy w mediach (w prasie drukowanej w szczególności), to dla prawidłowo prowadzonej reklamy podstawowe jest jej **wyraźne oddzielenie** od innych treści, w szczególności od redakcyjnych,

⁶⁰ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 389 i n.; M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 179 i n.

⁶¹ Por. L. Słuppek, w: *Słownik terminologii medialnej*, pod red. W. Pisarka, Kraków 2006.

⁶² Por. E. Nowińska, *Wolność wypowiedzi prasowej*, Warszawa 2007, s. 79 i n.

co zgodnie z przepisami oznacza jej łatwą odróżnialność od innych tekstów, bądź w sposób nakazany przepisami (art. 16 ustawy o radiofonii i telewizji), bądź zwyczajowo przyjęty właściwy dla danego medium (np. ramki, napisy, charakterystyczny układ graficzny). Istotne jest, aby przeciętny konsument bez wysiłku mógł dostrzec, że ma do czynienia z reklamą, a nie z przekazem reklamowo neutralnym.

Na gruncie omawianego przepisu, stanowiącego jedną z praktyk niedozwolonych w każdych okolicznościach, istotne jest, iż w sytuacji, gdy przedsiębiorca **nie zapłacił** za reklamę, jego odpowiedzialność może być ewentualnie oparta na innych postanowieniach ustawy. Jak się wydaje, termin „zapłata” należy rozumieć nie tylko jako przekazanie określonej kwoty pieniężnej, lecz także jako każdą formę wynagrodzenia, a więc także i świadczenie barterowe.

Kolejno, za niedozwoloną w każdych okolicznościach praktykę („czarną”) zostało uznane „przedstawianie nierzetelnych informacji dotyczących rodzaju i stopnia ryzyka, na jakie będzie narażone bezpieczeństwo osobiste konsumenta lub jego rodziny, w przypadku gdy nie nabędzie produktu”. Ograniczenie powyższe ma – jak się wydaje – swój odpowiednik w art. 9 ustawy, zakazującym stosowania praktyk agresywnych, polegających na wywieraniu „niedopuszczalnego nacisku”, mogącego ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta. Niewątpliwie podkreślanie ryzyka związanego z nienabyciem produktu, a połączonego z **bezpieczeństwem** nabywcy lub osób bliskich, stanowić może taki przypadek oddziaływania na psychikę konsumenta, który uznać można za agresywny. Zapewne zaliczyć tu można niektóre treści reklamowe, oceniane także przez przepis art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., zgodnie z którym nieuczciwa jest między innymi reklama wywołująca lęk⁶³. Wszystkie wskazane powyżej przypadki, zaliczane do kręgu działań niedozwolonych, nawiązują do emocji uznanych przez ustawodawcę za pozostające w kręgu koniecznej ochrony. Nie chodzi przy tym o generalny zakaz odwoływania się do nich w działalności gospodarczej, lecz o ograniczenie bazowania na nich w sytuacji, w której stawia się kupującego niejako pod przymusem psychicznym, związanym z uczuciem lęku o siebie lub o najbliższych. Niewątpliwie dochodzi wówczas, bądź dochodzić może, do dokonania zakupu, którego inaczej by nie dokonano.

Nierzetelność informacji dotyczącej ryzyka związanego z nienabyciem produktu, jak podkreśla się w literaturze, może polegać na sugestywnym wyolbrzymieniu go, rozbudzając w ten sposób potrzeby i wskazując sposoby ich zaspokojenia.

Praktyką niedozwoloną w każdych okolicznościach jest kolejno wskazana w ustawie „reklama produktu podobnego do produktu innego przedsiębiorcy w sposób celowy sugerująca konsumentowi, że produkt ten został wykonany przez tego samego przedsiębiorcę, jeżeli jest to niezgodne z prawdą” (pkt 13 art. 17). Zakaz ten nawiązuje do podstawowej zasady rynku wolnej konkurencji, tj. do prawdziwości funkcjonujących na nim przekazów. Jest to kolejny przykład

⁶³ Por. R. Skubisz, w: *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 729 i n.; E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 103.

czynu niedozwolonego, mogącego wprowadzić w błąd, a więc obszernie zakazanego nie tylko przepisami omawianego aktu prawnego, lecz także ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Omawiana „czarna” praktyka polega na **świadomym, celowym działaniu producenta**, zmierzającym do takiego ukształtowania **przekazu reklamowego**, który sugeruje jego pochodzenie od innego, ze względu na konieczną tożsamość rodzajową produktu – konkurencyjnego wytwórcy. Intencję ustawodawcy dobrze ilustruje treść uzasadnienia Parlamentu Europejskiego do odpowiedniego pkt 13 aneksu do dyrektywy 2005/29, w którym podkreślono, że „jeżeli producenci mają prawo do produkowania tańszych, alternatywnych wersji jakiegokolwiek produktu, również konsumenci muszą być możliwie najskuteczniej chronieni przed oszustwami”⁶⁴. Podkreślenia wymaga to, iż omawiany przepis zasadniczo **nie dotyczy kwestii naśladowania samego produktu**, w szczególności w sposób, o którym mowa w art. 13 ust. 1 u.z.n.k. („Czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klienta w błąd co do tożsamości producenta lub produktu”). Odnosi się bowiem do przekazów reklamowych i pozwala na ich ocenę w zakresie, w jakim rodzajowo podobne lub nawet tożsame produkty (typu: produkty chemii gospodarczej, obuwie, środki kosmetyczne itd.) są w nim prezentowane. Odpowiedni zarzut nie będzie zasadny w przypadku, w którym ani treść, ani forma reklamy nie pozwolą na łączenie promowanego produktu z innym, wcześniej na rynku oferowanym, a pochodzącym od innego producenta.

Wiele osób, poszukując źródeł dochodów, daje wiarę zapewnieniom, że uczestniczenie w „łańcuchu” pozyskiwania od różnych osób środków finansowych przyniesie im wymierne korzyści. Nie biorą przy tym pod uwagę, że zabraknie kolejnych chętnych, a tym samym skończy się dopływ pieniędzy przeznaczonych do podziału dla wcześniejszych uczestników piramidy⁶⁵. Bazowanie na naiwności ludzkiej, wykorzystywanie ich nieświadomości, stanowiło „od zawsze” czyn nieuczciwej konkurencji. Przykładowo, w pierwszej polskiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1926 r. zawarty był zakaz zawierania umów lawinowych, obecnie przewiduje go art. 17c ust. 1, jednak z pewnym ograniczeniem, wskazanym w ust. 2 tego artykułu.

Nic zatem dziwnego, że odpowiednia klauzula została zamieszczona w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, gdyż to właśnie konsumenci padali zwykle ofiarą takich praktyk. I tak pkt 14 art. 17 przewiduje, że niedozwoloną w każdych okolicznościach praktyką jest:

zakładanie, prowadzenie lub propagowanie systemów promocyjnych typu piramida, w ramach których konsument wykonuje świadczenie w zamian za możliwość otrzymania korzyści materialnych, które są uzależnione przede wszystkim od wprowadzenia innych konsumentów do systemu, a nie od sprzedaży lub konsumpcji produktów.

⁶⁴ Przytaczam za: R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 396.

⁶⁵ Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 294 i n.

Jak widzimy, w odniesieniu do konsumentów zakaz jest kategoryczny, co oznacza, że nie wyłączają go żadne okoliczności przywołane na usprawiedliwienie praktyki. Pozostaje to w pewnej kontradycji z ust. 2 art. 17 u.z.n.k., przewidującym możliwość organizowania sprzedaży lawinowej, w określonych warunkach prawnych. Mając na uwadze, iż aktualnie ustawa ta nie znajduje zastosowania do bezpośredniej ochrony konsumentów, przepis ten będzie obejmował inne podmioty aniżeli konsumenci właśnie.

„Twierdzenie, że przedsiębiorca wkrótce zakończy działalność lub zmieni miejsce jej wykonywania, jeżeli jest to niezgodne z prawdą”, stanowi kolejny przykład „czarnej” praktyki handlowej (pkt 15 art. 7 ustawy). Zakaz jest właściwie oczywisty i obejmuje sytuacje, w których do wiadomości konsumenta dociera **nieprawdziwa** informacja o treści wskazanej przepisem.

Kolejny zakaz, obejmujący „twierdzenie, że nabycie produktu jest w stanie zwiększyć szansę na wygraną w grach losowych” (pkt 17 art. 7 ustawy), ma na celu ochronę konsumenta przed dokonaniem zakupu ze względu na to, że czynność taka – wedle zapewnień – zwiększy szanse na nagrodę w grze losowej, towarzyszącej danemu produktowi. Odpowiednie oceny, jak wiadomo, muszą być oparte na percepcji przeciętnego konsumenta, uczestnika danego segmentu rynku (określonego rodzaju gra losowa), rozumianego zgodnie z definicją ustawową. Zapewne należy go zaliczyć do grupy osób szczególnie podatnych na taką praktykę, choćby ze względu na to, że miraż wygranej ogranicza zwykle zdolność do realnego ustalenia możliwości jej otrzymania.

Umieszczenie powyższego zakazu w art. 7 ustawy, określającym „czarne” praktyki wprowadzające w błąd, wskazuje, że przekaz ten musi wywoływać powyższy skutek bądź potencjalnie posiadać taką zdolność. Można zatem wnosić, że komunikat niewywołujący tego skutku jest dozwolony (jeśli w ogóle taki przypadek może mieć miejsce). Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych⁶⁶, „grami losowymi są gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których **wynik w szczególności zależy od przypadku** (podkreślenie E.N.), a warunki gry określa regulamin”.

Moim zdaniem, interpretacja może iść i w takim – wydaje się poprawnym – kierunku, iż jest to zakaz niezależny od tego, czy mamy do czynienia z przekazem nieprawdziwym, mylącym, gdyż ograniczenie takie jest wprost uzasadnione treścią klauzuli generalnej, odnosząc się do praktyki zakłócającej decyzje rynkowe konsumenta. Można także przyjąć argumentację, iż ze względu na niepewność wygranej w grze, przecież losowej, szanse na jej otrzymanie są właśnie „losowe”, a więc wprowadzeniem w błąd jest każde zapewnienie, o którym mowa w omawianym przepisie⁶⁷.

Powyższy zakaz nie oznacza, iż każdy przypadek łączenia w kampanii promocyjnej nabycia produktu z udziałem w loterii jest *ex lege* niedozwolony. Odpowiednie

⁶⁶ Dz.U. Nr 201, poz. 1540.

⁶⁷ Tak też M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 189.

ograniczenie może jednak wynikać w konkretnych okolicznościach z innych postanowień ustawy⁶⁸.

Istotne znaczenie rynkowe ma kolejny zakaz, zawarty w pkt 17 art. 7 ustawy, a mianowicie: „Nie jest dozwolone twierdzenie, że produkt jest w stanie leczyć choroby, zaburzenia lub wady rozwojowe, jeżeli jest to niezgodne z prawdą”. Chodzi w tym przypadku o wykluczenie z obiegu rynkowego informacji mających istotne znaczenie zdrowotne, lecz **nieprawdziwych**. Nie ma wątpliwości, że najbardziej wrażliwą na przekazy rynkowe grupą konsumentów są matki i osoby chore. Szczególnie te ostatnie poszukują informacji, które mogą im pomóc w walce z bólem, określoną chorobą, tymczasową przypadłością. Przywołany powyżej tekst ustawy nawiązuje do takich produktów, które mogą „leczyć choroby”, a więc do leków czy do „produktów” mogących wywołać taki skutek. Niewątpliwie głównie chodzić będzie o pierwsze ze wskazanych środków leczniczych – o leki. Podstawowym aktem prawnym, regulującym między innymi reklamę produktów leczniczych, jest ustawa z 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne⁶⁹, przewidująca szereg zakazów i ograniczeń⁷⁰. Odnosi się do „**produktów leczniczych**”, zdefiniowanych w art. 2 pkt 32 ustawy. Jest to mianowicie:

substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi i zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne.

W języku potocznym produkty takie określamy mianem leku. Prawo farmaceutyczne definiuje także specyficzne rodzaje produktów leczniczych (leków) tj.: produktów leczniczych przeznaczonych do specjalnych celów żywieniowych, produktów leczniczych homeopatycznych, produktów immunologicznych, produktów krwiopochodnych, produktów roślinnych. W omawianym zakresie tekst ustawy Prawo farmaceutyczne poszerzono w kolejnej nowelizacji, dodając art. 3a w brzmieniu: „Do produktu spełniającego jednocześnie kryteria produktu leczniczego oraz kryteria innego rodzaju produktu, w szczególności suplementu diety lub kosmetyku, określone odrębnymi przepisami, stosuje się przepisy niniejszej ustawy”. Ustawodawcy chodziło przede wszystkim o ukrócenie działań polegających na tzw. *switch*, tj. na zmianie statusu produktu leczniczego i zarejestrowaniu go jako środka dietetycznego czy kosmetyku, co ułatwia nie tylko wprowadzenie takiego produktu na rynek, lecz również prowadzenie jego reklamy (np. z wykorzystaniem porównań czy sięgając po osoby znane publicznie).

Powyższe określenia ustawowe oznaczają, że produktem leczniczym jest taki produkt, który:

⁶⁸ Por. wyrok TS z 14 stycznia 2010 r. w sprawie C-304/80, *Plus*, glosa M. Sieradzkiej, MoP 2010, nr 21, s. 1190 i n.

⁶⁹ T.j. Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271.

⁷⁰ Por. M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2008, s. 285 i n.

- został zaprezentowany w sposób sugerujący, że jest to produkt posiadający właściwości lecznicze lub zapobiegający chorobom, lub
- w rzeczywistości posiada właściwości modyfikowania funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne i jest podawany w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji funkcji organizmu⁷¹.

Dozwolenia, ograniczenia i zakazy reklamy takich produktów zostały ujęte w art. 52 i n. prawa farmaceutycznego⁷².

Wracając do omawianego zakazu ustawowego, podkreślić należy, że obejmuje on **kategoryczne, nieprawdziwe twierdzenia** dotyczące **właściwości leczniczych** bliżej niewskazanych „produktów”. Wyrażenie to należy rozumieć szeroko, a więc wykracza ono poza wskazane powyżej produkty farmaceutyczne. Zgodnie zaś z definicją zawartą w omawianej ustawie pojęcie to obejmuje „każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych” (pkt 3 art. 2). Obejmuje zatem także odpowiedniego rodzaju usługi.

Podkreślenia wymaga i to, że przepis ten nie ogranicza możliwości podawania **prawdziwych informacji**. W odniesieniu do produktów leczniczych można i w tym obszarze znaleźć w prawie farmaceutycznym odpowiednie ograniczenia.

Kolejny zakaz (pkt 18) obejmuje „przekazywanie nierzetelnych informacji dotyczących warunków rynkowych lub dostępności produktu, z zamiarem nakłonięcia konsumenta do zakupu produktu na warunkach mniej korzystnych niż warunki rynkowe”.

Jak podkreśla się w literaturze, klauzule takie jak komentowana, mają służyć eliminowaniu z praktyki gospodarczej nieuczciwej reklamy lub innych form przyciągania konsumentów do nabycia produktu w interesie zarówno konsumenta, jak również lojalnie działających konkurentów⁷³. Jeśli przyjrzeć się niektórym reklamom produktów bankowych, to można dopatrzeć się w nich niekiedy naruszenia powyższego zakazu.

Zawarta w pkt 19 art. 7 ustawy wprowadzająca w błąd „czarna” praktyka za niedozwolone uznaje twierdzenie, że „organizowany jest konkurs lub promocja z nagrodami, a następnie nieprzyznanie opisanych nagród lub ich odpowiedniego ekwiwalentu”. Każdy z uczestników rynku doskonale wie, że dobrą zachętą jest informacja w rodzaju: „nagroda gwarantowana”. Wabienie polega tu na wzbudzeniu nadziei na otrzymanie dodatkowej gratyfikacji. Działanie takie, w świetle cytowanego przepisu, polega więc na „czystym” rozpowszechnianiu przez sprawcę (przedsiębiorcę) komunikatu o fakcie istnienia konkursu lub promocyjnej sprzedaży, a następnie nieprzyznanie obiecanych nagród. Niedozwolony skutek może przy tym zostać wywołany także w sytuacji, gdy konkurs (promocja) wprawdzie

⁷¹ *Ibidem*, s. 41.

⁷² *Ibidem*, s. 287 i n.

⁷³ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 408.

de facto ma miejsce, jednakże osoby spełniające jego warunki nie otrzymują należytej im nagrody (ekwiwalentu). Jest to więc zachęta bez pokrycia, konkurs (promocja) jedynie z nazwy. Jak wskazuje się w literaturze, konsument powinien być wyraźnie powiadomiony, w jakiej umowie uczestniczy, jakie warunki powinien spełniać dla otrzymania nagrody lub innego przysporzenia⁷⁴.

Omawiany zakaz nie wiąże ocen z nabyciem produktu, obejmuje bowiem rozpowszechnianie twierdzenia o powyżej wskazanych skutkach.

Podobne ograniczenie znajdujemy w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Mianowicie, zgodnie z art. 17a, za delikt uznano „przyznanie premii w postaci towarów lub usług odmiennych od będących przedmiotem sprzedaży”. Równocześnie ograniczono jej wysokość w stosunku do ceny produktu. Jak wiadomo, aktualnie jest to przepis odnoszący się bezpośrednio jedynie do przedsiębiorców.

Zachęcanie konsumentów do nabywania produktów może polegać między innymi na wskazywaniu **nieistniejących korzyści cenowych**. Nawiązuje do nich pkt 20 art. 7 ustawy, za niedozwoloną praktykę:

traktując prezentowanie produktów jako „gratis”, „darmowy”, „bezpłatny” lub w podobny sposób, jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek należność, z wyjątkiem bezpośrednich kosztów związanych z odpowiedzią na praktykę rynkową, odbiorem lub dostarczeniem produktu.

Przepis ten zawiera dwa ważne wskazania. Po pierwsze, do wiadomości konsumenta ma zostać przekazany komunikat, że produkt jest za darmo, podczas gdy – po drugie – otrzymaniu go towarzyszy „jakąkolwiek należność”. Ostatnie wskazanie oznacza, że nie jest tu istotna wysokość „należności”, nie musi ona pozostawać w jakiegokolwiek zgodności (zależności) do wartości darmowego produktu.

Niedozwolone wywołanie błędu polegać tu będzie na złamaniu odwołania się do „bezpłatności” danej oferty. Konsument zachęcony takim jej charakterem, chcąc z niej skorzystać – nie może ponosić **żadnych dodatkowych kosztów**, z wyjątkiem wskazanych przepisem. Zakazana praktyka ma na celu wymuszenie na przedsiębiorcach rzetelnego przekazywania odpowiednich informacji. Jeśli zatem wczasy stanowiące na przykład nagrodę są wedle komunikatu płynącego od przedsiębiorcy „darmowe”, to nie może temu towarzyszyć żaden koszt, związany z rozumieniem bezpłatnego wypoczynku. Nie jest więc dozwolone, aby towarzyszyły temu opłaty z tytułu wyżywienia, choć już konsument sam powinien zapłacić na przykład takse klimatyczną.

Niewątpliwie w praktyce może przysparzać trudności ustalenie, kiedy mamy do czynienia z „bezpośrednimi” kosztami, związanymi z „odpowiedzią” na gratysową praktykę⁷⁵. Być może można tu zaliczyć na przykład koszt karty kredytowej (wartość odpowiedniego druku), którą posługiwanie się w dowolnych bankomatach nie jest obciążane prowizją. Nieco przybliży omawiane pojęcia terminologia

⁷⁴ *Ibidem*, s. 415.

⁷⁵ *Ibidem*.

dyrektywy, która w odpowiednim pkt 20 załącznika nr I używa terminu „nieunikniony” koszt.

„Umieszczanie w materiałach marketingowych faktury lub podobnego dokumentu, sugerującego obowiązek zapłaty, który wywołuje u konsumenta wrażenie, że już zamówił reklamowany produkt, mimo że tego nie zrobił” – stanowi „czarną” praktykę, ujętą w pkt 21 art. 7 ustawy. Ochrona konsumenta jest tu oczywista: wykorzystujący naiwność – polegającą nie nieprzygotowaniu do właściwego odczytywania dokumentów handlowych – przedsiębiorca stawia takiego nabywcę niejako przed faktem dokonanym w jego mniemaniu, a mianowicie że „zamówił reklamowany” produkt. Chodzi przy tym o wprowadzenie w błąd polegające na mylącym posłużeniu się w „materiałach marketingowych” na przykład fakturą (lub innym tego rodzaju dokumentem), która zwykle potwierdza złożone wcześniej zamówienie. O takim jej znaczeniu konsument zwykle wie. Treść przepisu będzie w praktyce budziła wątpliwości. Wynika z niej w każdym razie, iż ocenie będzie podlegało każde działanie marketingowe, w którym „umieszczono” dokument „sugerujący obowiązek zapłaty”, mimo że taki obowiązek w ogóle nie powstał (powstać nie może). A zatem nie chodzi o faktyczną możliwość wywołania konfuzji, lecz o sam fakt działania opisanego cytowanym przepisem.

Kolejno nie jest dozwolone „twierdzenie lub stwarzanie wrażenia, że sprzedawca nie działa w celu związanym z jego działalnością gospodarczą lub zawodową lub podawanie się za konsumenta, jeżeli jest to niezgodne z prawdą” (pkt 22 art. 7). Wprowadzenie w błąd u konsumenta polega tu na tym, że odnosi on lub może odnieść wrażenie, że jego rozmówca nie uczestniczy w grze rynkowej, a zatem że nie ma do czynienia ze sprzedawcą czy przedsiębiorcą. Takiej osobie zwykle bardziej się ufa, traktuje otrzymywane informacje jako neutralne gospodarczo. Niewątpliwie dochodzi tu do istotnego zakłócenia podstawowej zasady rynku wolnej, lecz uczciwej konkurencji, za jaką uznać należy jego transparentność, przejrzystość.

Zarzut obejmować może różnego rodzaju sytuacje: od bezpośredniego kontaktu do wymiany korespondencji. Aktualnie dość często stosowanym „chwytem” jest tzw. marketing szeptany. Ma on wiele form: od informacji wprost przekazywanych przez sprzedawców o produkcie do odpowiedniego wykorzystywania internetu, stwarzając wrażenie, że dany komunikat o treści rynkowej nie pochodzi od zainteresowanego reklamą podmiotu. Szczególnie groźny jest ostatnio wskazany przykład. W sieci roi się od ofert związanych z usługami obejmującymi rozpowszechnianie odpowiednich komunikatów, jako rzekomo pochodzących od konsumentów, a w rzeczywistości rozpowszechnianych na zamówienie przedsiębiorcy.

Wykaz praktyk niedozwolonych w każdych okolicznościach kończy pkt 23 art. 7 ustawy, zakazujący „wywoływania u konsumenta wrażenia, że usługi serwisowe dotyczące danego produktu są dostępne w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie, w którym produkt ten został sprzedany, jeżeli

jest to niezgodne z prawdą”. Ograniczenie polega tu na zakazie wprowadzania w błąd w odniesieniu do „geograficznego” dostępu do usług serwisowych. Wyrażono w tym zakresie stanowisko, że chodzi tu o wrażenie, że jest on dostępny we wszystkich państwach Unii⁷⁶. Wydaje się, że bardziej poprawne jest stanowisko, wedle którego chodzi o „inne państwo”, a więc o inny kraj aniżeli miejsce zakupu. Jak podkreślono, sens promocji tego typu zasadza się w informacji o dostępności takiej usługi w kraju zamieszkania konsumenta, jeśli korzysta z oferty w innym państwie⁷⁷.

W powyższy sposób ukształtowana została lista praktyk rynkowych niedozwolonych w każdych okolicznościach. Nie można ich usprawiedliwić, są zatem dla przedsiębiorcy niezwykle niebezpieczne. Dlatego też tak istotna jest klarowność sformułowań, której niestety w tekście brakuje.

⁷⁶ Por. A. Michalak, *Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 106 i n.

⁷⁷ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 423 i n.